Digitized with financial assistance from the
Government of Maharashtra
on 13 February, 2016

عنايه

INAYAH,

A

COMMENTARY ON THE HIDAYAH:

A work on Mohammedan Law.

COMPILED BY

MUHAMMAD AKMULOODDEEN, IBN MUHMOOD, IBN AHMUDONIL HUNUFEE.

EDITED BY

MOONSHEE RAMDHUN SEN;

HONORARY MEMBER OF THE ASIATIC SOCIETY OF PARIS.

WITH THE AID OF MOULUVEE HAFIZ AHMUD KUBEER, MOULUVEE FUTEH ULEE, MOULUVEE MOHUMMUD VUJEEH, MOULUVEE MOHUMMUD BUSHEEROODDEEN, MOULUVEE MOHUMMUD KULEEM, MOULUVEE MOHUMMUD NOORUL HUQ.

COMMENCED UNDER THE EDUCATION COMMITTEE, SUBSEQUENTLY TRANSFERRED WITH OTHER ORIENTAL WORKS TO THE ASIATIC SOCIETY, AND COMPLETED UNDER THEIR AUSPICES, NOV. 1837.

VOL. II.

Calcutta:

PRINTED AT THE BAPTIST MISSION PRESS,

UNDER THE AUTHORITY OF THE ASIATIC SOCIETY.

1837.

قد طبع الجلد الثاني من العناية

شرح الهداية

فى المسائل الفقهية ودلائلها النقلية والعقلية التي صنفها مولٰنا محمد اكمل الدين

بن محمود بن احمد الحنفي بتصحيح العلماء الاعلام والفضلاء العظام

اعنى المولوى الحاج الحافظ احمد كبير امين المدرسة والمولوي غياث الدين

والمولوي محمد وجيه والمولوي بشير الدين والمولوي نور الحق والمولوي محمد مرتضى

والمولوي عجيب احمد والمولوي وارث علي صانهم الله الملك العلام وادخلهم في دار السلام

باهتمام بابو منشي رام دهن سين

في بلدة كلكتة

فى المطبع المسمى بپتست ميشن پريس سنة ١٢٥٣ الهجرية

المطابقة لسنة ١٨٣٧ العيسوية

فهرس العنايه شرح الهدايه

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

لما فرغ من العبادات شرع في المعاملات وابتدأ من بينها بالنكاح لان فيه مصالح الدين والدنيا وقد اشتهرت في وعيد من رغب عنه وتحريض من رغب فيه الآثار وما اتفق في حكم من احكام الشرع مثل ما اتفق في النكاح من اجتماع دواعي الشرع والعقل والطبع فاما دواعي الشرع من الكتاب والسنة والاجماع فظاهرة واما دواعي العقل فان كل عاقل يحب ان يبقى اسمه ولا يمحى رسمه وما ذاك غالبا الا ببقاء النسل واما الطبع فان الطبع البهيمي من الذكر والانثى يدعو الى تحقيق ما أُعدّ من المباضعات الشهوانية والمضاجعات النفسانية ولا مزجرة فيها اذا كانت باذن الشرع وان كانت بدواعي الطبع بل يؤجر عليه بخلاف سائر المشروعات والنكاح في اللغة عبارة عن الوطئ ثم قيل للتزوج نكاح مجازا لانه سبب له وقيل هو مشترك بينهما وفي الاصطلاح عقد وضع لتمليك منافع البضع وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه وشرطه الخاص حضور شاهدين لا ينعقد الا به بخلاف بقية الاحكام فان الشهادة فيها للظهور عند الحاكم لا للانعقاد وشرطه العام الاهلية بالعقل والبلوغ والحل وهي امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي وركنه الايجاب والقبول كما في سائر العقود والايجاب وهو

(كتاب النكاح)

المتلفظ به اوّلا من ايّ جانب كان والقبول جوابه وحكمه ثبوت الحل عليها ووجوب المهر عليه وحرمة المصاهرة والجمع بين الاختين وهو في حالة التوقان واجب لان التحرز عن الزنا واجب وهو لا يتمّ الّا بالنكاح وما لا يتم الواجب الّا به فهو واجب وفي حالة الاعتدال مستحب وفي حالة خوف الجور مكروه **قوله** النكاح ينعقد بالايجاب والقبول قد ذكرتُ معنى الانعقاد في كتاب البيوع على ما سيأتي وقوله يعبر بهما اي يبين بلفظين لان التعبير البيان قال الله تعالى إِنْ كُنْتُمْ لِلرُّؤْيَا تَعْبُرُونَ اي تبيّنون وانما اختير لفظ الماضي للانشاء وهو الكلام الذي ليس لنسبته خارج تطابقه اولا تطابقه ليدل على التحقيق والثبوت فكان ادل على قضاء الحاجة وقوله على ما نبينه يعني في اول فصل الوكالة في النكاح وقوله وينعقد بلفظ النكاح بيان الفاظ ينعقد بها النكاح وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لانه ان انعقد بغيره مثل التمليك مثلا فاما ان ينعقد به من حيث انه حقيقة او من حيث انه مجاز لا سبيل الى الاوّل لانه لو كان حقيقة كان التمليك والتزويج مترادفين وليس كذلك اذ التمليك يوجد بغير نكاح ولا الى الثاني لعدم المناسبة بينهما لان التزويج التلفيق يقال لفقت بين الثوبين ولفقت احدهما بالآخر اذا اصلحت بينهما بالخياطة والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوك اصلا فلا مناسبة بينهما وقلنا المناسبة بينهما موجودة لان التمليك سبب لملك المتعة في محلها يعني ان تمليك الرقبة سبب لملك المتعة اذا صادف محل المتعة لافضائه اليه وملك المتعة هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز وقيد بقوله في محلها احترازا عن تمليك الغلمان والبهائم والاخت الرضاعية والامة المجوسية فانها ليست بمحل لملك المتعة واعترض بان ملك الرقبة اذا ورد على ملك النكاح افسده فكيف يثبت النكاح به واجيب بان افساده للنكاح ليس من حيث تحريم الوطئ لا محالة بل من حيث ابطال ضرب مالكية لها في مواجب النكاح من طلب القسم وتقدير النفقة والسكنى والمنع عن العزل وحينئذ لا منافاة بين

بين ما يثبته و ينفيه فجازت الاستعارة **قوله** وينعقد بلفظ البيع يعني بان تقول المرأة بعتك
نفسي او قال ابوها بعتك ابنتي بكذا وكذا بلفظ الشرى بان قال الرجل لامرأة اشتريتك
بكذا فاجابت بنعم اشار اليه محمد رحمه الله في كتاب الحدود وقوله هو الصحيح احتراز عن
قول ابي بكر الاعمش رح فانه يقول لا ينعقد بلفظ البيع لانه خاص لتمليك مال والمملوك
بالنكاح ليس بمال ووجه الصحيح وجود طريق المجاز وقوله ولا ينعقد بلفظ الاجارة في الصحيح
احتراز عن قول الكرخي رحمه الله انه ينعقد بها لان المستوفى بالنكاح منفعة في الحقيقة
وان جعل في حكم العين وقد سمى الله تعالى العوض اجرا في قوله تعالى فَآتُوهُنَّ
أُجُورَهُنَّ وذلك دليل على انه بمنزلة الاجارة ووجه الصحيح ان الاجارة لا تنعقد
شرعا الا موقتة والنكاح لا ينعقد الا موبدا فكان بين موجبيهما تناف فلا تجوز الاستعارة
وقال المصنف رحمه الله لانه ليس بسبب لملك المتعة لعدم افضائها اليه ولا بلفظ الاباحة
والاحلال والاعارة لما قلنا يعني قوله ليس بسبب لملك المتعة وذلك لان لفظ الاباحة والاحلال
لا يوجب ملكا اصلا فان من احل لغيره طعاما او اباحه له لا يملكه فانما يتلفه على
ملك المبيح ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت ولو صرح بلفظ
النكاح الى ما بعد الموت لم يصح لان ما بعد الموت زمان انتهاء ملك النكاح وبطلانه
لا زمان ثبوته ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين
او رجل وامرأتين عدولا كانوا او غيرهم اما اشتراط الشهادة فلقوله عليه السلام لا نكاح
الا بشهود واعترض بانه خبر واحد فلا يجوز تخصيص قوله تعالى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ
مِنَ النِّسَاءِ وغيره من الآيات به واجاب الامام فخر الاسلام رحمه الله بان هذا حديث
تلقته الامة بالقبول فتجوز الزيادة به على كتاب الله تعالى وهو حجة على مالك رحمه الله
في اشتراط الاعلان دون الشهادة حتى لو اعلنوا بحضور الصبيان والمجانين صح ولو امر الشاهدين
ان لا يظهرا العقد لم يصح لقوله عليه السلام اعلنوا النكاح ولو بالدف والجواب ان الاعلان

يحصل بحضور الشاهدين حقيقة واما اشتراط الحرية فلان العبد لا شهادة له لعدم الولاية والشهادة من باب الولاية واعترض بان الولاية عبارة عن نفاذ القول على الغير شاءا وابى وذلك انما يحتاج اليه عند الاداء وكلامنا في حالة الانعقاد فكما ينعقد بشهادة المحدودين في القذف فلينعقد بشهادة العبدين اذ الولاية لا مدخل لها في هذه الحال واجيب بان الاداء يحتاج الى ولاية متعدية وليست بمرادة ههنا وانما المراد بها الولاية القاصرة تعظيما لخطر امر النكاح كاشتراط اصل الشهادة وكذلك اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام قال المصنف رحمه الله لانه لا شهادة للكافر على المسلم يعني انه من باب الولاية ولا ولاية له على المسلم وفيه النظر الذي مر انه ليس المراد به الاداء حتى تكون الولاية شرطا والجواب انا قد ذكرنا ان الشهادة وصفة الشاهدين انما كانت تعظيما ولا تعظيم لشيء بسبب حضور الكفار ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين خلافا للشافعي رحمه الله ووعد المصنف رحمه الله بيان ذلك في الشهادات ونحن تبعناه في ذلك وينعقد بشهادة فاسقين عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول الشهادة من باب الكرامة لان في اعتبار قوله في نفسه ونفاذه على الغير اكراما له لا محالة والفاسق من اهل الاهانة لجريمته ودليله يتم بان يقول والفاسق ليس من اهل الكرامة ولكن عدل عنه الى ما ذكر لانه يستلزم ذلك وفيه تصريح بانه يستحق ما هو اعظم من ترك الاكرام وهو الاهانة ولنا ان الفاسق من اهل الولاية على نفسه لان له ان يزوّج نفسه وعبده وامته ويقر بما يتعلق بنفسه من القتل وغيره وكل من هو من اهل الولاية على نفسه فهو من اهل الشهادة لان الشهادة من باب الولاية فان قيل الولاية على نفسه ولاية قاصرة فلا نسلم ان من كان من اهل الولاية على نفسه كان من اهل الشهادة لانها متعدية الى غيره اجاب بقوله وهذا اشارة الى انه من اهل الشهادة لكونه من اهل الولاية يعني لانه لما لم تحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا تحرم على غيره لانه من جنسه كما ان اهل الذمة لهم

لهم ولاية على انفسهم فلهم الولاية على غيرهم من اهل الذمة لانه من جنسه وهذا بناء
على ان الفسق لا يخرج المؤمن من اهلية الشهادة على الاداء وفيه الالزام فلان
لايخرج منها على الانعقاد ولا الزام فيه اولى ولانه صلح مقلدا كالحجاج وغيره فان
الائمة بعد الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم قلما يخلو واحد منهم عن فسق فيصلح مقلدا اي
قاضيا فكذا شاهدا لان الشهادة والقضاء من واد واحد وفي عبارته تسامح لانه يفهم
منه ان تكون اهلية الشهادة مرتبة على اهلية القضاء وقد ذكر في كتاب ادب القاضي
ان اهلية القضاء مستفادة من اهلية الشهادة ولو قال بالواو لكان احسن لا يقال يجوز
ان يكون مرتبا على مقلد بكسر اللام لان اهلية السلطنة ليست مستفادة من اهلية
الشهادة لان عكسه كذلك والجواب ان معنى كلامه اذا كان الفسق لا يمنع عن ولاية
هي اعم ضررا فلان لا يمنع عن ولاية عامة الضرر وخاصته اولى والترتيب على هذا
الوجه غير خاف في الصحة ولو قال الفاسق من اهل الولاية القاصرة بلا خلاف فيصلح
شاهدا على الانعقاد لانه لا الزام فيه فكانت الولاية قاصرة لكان اسهل ثابتا * وينعقد
بحضور المحدودين في القذف لانه من اهل الولاية على ما مر فيكون من اهل الشهادة
تحملا لا اداء فان قلت النكتة المذكورة في الفاسق او لا تقتضي ان يكون للمحدود في القذف
شهادة متعدية ولم تكن فكانت منقوضة قلت كان كذلك لولا النص القاطع وقوله
وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته ولا يبالى بفواته كما في شهادة العميان معذرة
عن عدم قبول شهادة المحدود في القذف بعد ما كان من اهل الولاية كالفاسق ويجوز
ان يكون جوابا عن السؤال الذي ذكرته آنفا والطريق الذي ذكرته في الفاسق
اسهل ماخذا **قوله** وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز وان تزوج مسلم ذمية بشهادة
ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يجوز لان
السماع اي سماع كلام العاقدين من الايجاب والقبول في النكاح شهادة وهذا ظاهر

لانا لانريد من الشهادة على النكاح الا ذلك ولا شهادة للكافر على المسلم وهذا بالاتفاق فكأنهما لم يسمعا كلام الزوج ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك وتركيب الحجة هكذا الشهادة في النكاح شرطت على اثبات الملك عليها وكل ما شرطت على اعتبار اثبات الملك عليها شهادة عليها فالشهادة في النكاح شهادة عليها وبين المصنف رح المقدمة الاولى بقوله لوروده على محل ذي خطر وتقريره ان الشهادة في النكاح حال الانعقاد اما ان تكون لاثبات ملك المتعة عليها ابانة لخطر المحل اولاثبات ملك المهر عليه والثاني منتفٍ لان المهر مال ولا يجب الاشهاد على لزوم المال اصلا واما المقدمة الثانية فلانا قد علمنا بالاستقراء انه لاشيء يشترط في اثبات ملك المتعة عليها الا الشهادة فان الولي ليس بشرط عندنا واذا كانت الشهادة حال انعقاد النكاح شهادة عليها كان الذميان شاهدين عليها وشهادة اهل الذمة على الذمية جائزة قوله بخلاف ما اذا لم يسمعا جواب عن قياس محمد وزفر رح وتقريره ان الشهادة في النكاح شرط على العقد والعقد ينعقد بكلاميهما فاذا لم يسمعا كلام المسلم لم يشهدا على العقد * ومن امر رجلا ان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها بحضرة رجل واحد فلا يخلو اما ان يكون الاب حاضرا او غائبا فان كان حاضرا جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا للعقد ويكون الوكيل شاهدا لان المجلس متحد فجاز ان يكون العقد الواقع من المأمور حقيقة كالواقع من الآمر حكما لكون الوكيل في باب النكاح سفيرا ومعبرا وان كان غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرا مع عدم حضوره في مجلس المباشرة قال في النهاية هذا تكلف غير محتاج اليه في المسئلة الاولى لان الاب يصلح ان يكون شاهدا في باب النكاح فلا حاجة الى نقل المباشرة من المأمور الى الآمر حكما وانما يحتاج اليه في المسئلة الاخيرة وهي ما اذا زوج الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد فان كانت حاضرة جاز بنقل مباشرة الاب اليها

اليها لعدم صلاحيتها للشهادة على نفسها واذا كانت غائبة لم يجز لان الشيء انما يقدر ان لوتصور تحقيقا واقول اري انه لافرق بين الصورتين في الاحتياج الى ذلك التكلف وذلك لان الاب اذا كان حاضرا لا يصلح ان يكون شاهدا في نكاح امرء به لان الوكيل سفير ومعبر فكان الاب هو المزوج ولا يجوز ان يكون المزوج شاهدا واذا انتقل اليه المباشرة ايضا صار هو المزوج من كل وجه فجاز ان يكون الوكيل شاهدا وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا وكل رجلا ان يزوج عبده فزوجه بشهادة رجل والعبد حاضر فانه لا يجوز مع امكان جعل العبد مباشرا للعقد والوكيل مع الرجل شاهدين كما لو باشر المولى عقد تزويج العبد عند حضرة العبد مع رجل آخر فانه يجوز واجيب بان العبد لم يكن موكلا حتى تنتقل مباشرة الوكيل اليه ويبقى شاهدا فبقي الوكيل على حاله مزوجا بخلاف ما اذا باشره المولى بحضرة العبد فان العبد هناك يجعل مباشرا للنكاح بنفسه والمولى شاهدا فيكون النكاح بحضرة شاهدين لا يقال المولى ليس بوكيل عن العبد فكيف تنتقل مباشرته اليه لان العبد لما كان له كان بمنزلة الموكل بخلاف ما اذا كان العبد غائبا لعدم امكانه مباشرا لما قلنا ان الشيء انما يقدر ان لو تصور تحقيقا *

فصل في بيان المحرمات

لما كانت من بنات آدم من اخرجها الله تعالى عن محلية النكاح بالنسبة الى بعض بني آدم احتاج الى ذكرها في فصل على حدة واسباب حرمتهن تتنوع على تسعة انواع القرابة والمصاهرة والرضاع والجمع وتقديم الحرة على الامة وقيام حق الغير من نكاح اوعدة والشرك وملك اليمين والمطلقات الثلث وكل ذلك مذكور في الكتاب لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ اُمَّهَاتُكُمْ ودلالته على حرمة الامّ ظاهرة واما على حرمة الجدة فباعتبار ان الام في اللغة هو الاصل

يقال لمكة أم القرى فتكون دلالتها عليهما باعتبار معنى يعمهما لغة لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز وتثبت حرمتهن بالاجماع وهذان المسلكان يسلك بهما في كل ما فيه معنى الفرعية ايضا كالبنات وبناتها وبنات الابن بنات كذلك والاخت وبناتها وبنات الاخ والعمات والخالات متفرقة كانت اوغيرها يتناولهما النص بجهة عموم الاسم وهذا ما يتعلق بالقرابة وتحرم ام امرأته ان كانت مدخولا بها اولم تكن لقوله تعالى وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ من غير قيد بالدخول * وتحرم بنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص وهو قوله تعالى مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ وليس كونها في الحجر شرطا قال المصنف رح لان ذكر الحجر في قوله تعالى وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ خرج مخرج العادة فان العادة ان تكون البنات في حجر زوج امها غالبا اي في تربيتها لا على وجه الشرط ويوضح ذلك بقوله ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول ولم يشترط نفي الدخول مع نفي الحجر حيث لم يقل فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ ولسن في حجوركم فان الاباحة تتعلق بضد ما يتعلق به الحرمة واعترض بانه يجوز ان تكون الحرمة متعلقة بعلة ذات وصفين وهما الدخول والحجر ثم تنتفي الحرمة بانتفاء احدهما لان الشيء ينتفي بانتفاء الجزء فلم يكن ثبوت الاباحة عند انتفاء الدخول دليلا على ان الحرمة غير متعلقة بالحجر واجيب بان العادة في مثله نفي الوصفين جميعا او نفي العلة مطلقا لا نفي احدهما والسكوت عن الآخر لا يقال لا يجري حكم الربوا وهو حرمة الفضل والنسيئة بين هذين البدلين لانه لم توجد فيه الجنسية اولم يوجد القدر بل يقال لم يوجد القدر مع الجنس او يقال لم توجد علة الربوا وليس بقوي وتحرم امرأة ابيه واجداده لقوله تعالى وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ فان دلالته على الاب ظاهرة وعلى الجد باحد الطريقين اما ان يكون المراد بالاب الاصل فيتناول الآباء الاجداد كما تتناول الام الجدات واما بالاجماع واما المراد بالنكاح ان كان هو الوطء فيكون العقد ثابتا بالاجماع وان كان المراد به العقد

العقد فالوطئ ثابت بطريق اولى وتحرم امرأة الابن نسبا ورضاعا وبني اولاده لقوله تعالى وَحَلَائِلُ اَبْنَائِكُمُ الَّذِيْنَ مِنْ اَصْلَابِكُمْ فحليلة الابن وهي زوجته حرام على الاب سواء دخل بها الابن اولم يدخل لاطلاق النصّ عن الدخول واما حليلة ابن الابن فباعتبار ان المراد بالابن هو الفرع فكانّه قال وحلائل فروعكم وذلك يتناول حليلة ابن الابن اوابن البنت بعمومه اوبالاجماع فان قيل قوله تعالى مِنْ اَصْلَابِكُمْ يابى ذلك اجاب بان ذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبنّي لالاحلال حليلة الابن من الرضاع والدليل على ذلك ان التبني انتسخ بقوله تعالى اُدْعُوْهُمْ لِآبَائِهِمْ وقصته ان رسول الله صلعم تبنى زيد بن حارثة ثم تزوج زينب بعد ماطلّقها زيد فطعن المشركون وقالوا انه تزوج حليلة ابنه فنسخ الله التبنّي بقوله تعالى اُدْعُوْهُمْ لِآبَائِهِمْ ودفع طعن المشركين بهذا التقييد فبقيت حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهذا مايتعلق من التحريم بالمصاهرة وتحرم ام الرجل من الرضاعة واخته منها لقوله تعالى وَاُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِيْ اَرْضَعْنَكُمْ وَاَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع مايحرم من النسب وهذا مايتعلق بالرضاع ويحرم ان يجمع الرجل بين الاختين بنكاح اوبملك يمين وطئا لقوله تعالى وَاَنْ تَجْمَعُوْا بَيْنَ الْاُخْتَيْنِ على الاطلاق وسرى حكمهما الى كل امرأتين لوفرضت احديهما ذكرا حرمت الاُخرى عليه بعلة قطيعة الرحم سواء كان في النسب اوفي الرضاع ومن له امة فتزوج اختها جاز سواء كان وطئ الامة اولم يطأها لانه صدر من اهله وهو واضح مضافا الى محله لان الاخت المملوكة وطئها من باب الاستخدام وهو لايمنع نكاح الاخت ثم ان كان وطئ الامة لايطأها بعد ذلك وان لم يطأ المنكوحة بعدُ لان المنكوحة موطوءة حكما فوطئ الامة يكون جمعا بين الاختين بوطئ احديهما حقيقة والاُخرى حكما واعترض عليه بان النكاح لوكان قائما مقام الوطئ حتى تصير المنكوحة موطوءة

حكما وجب ان لا يجوز هذا النكاح كيلا يصير جامعا بينهما وطئا كما قال به مالك رحمه الله
واجيب بان نفس النكاح ليس بوطئ حتى يصير به جامعا بينهما وانما يصير وطئا بعد
ثبوت حكمه وهو حل الوطئ فلا يكون وطئ الامة مانعا عن النكاح ولا يطأ المنكوحة ايضا
للجمع بينهما الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب كالبيع والتزويج لان
ذلك الوطئ قائم حكما حتى لو اراد ان يبيع يستحب له الاستبراء فيصير جامعا بينهما وطئا
حقيقة وبالتحريم على نفسه يبطل حكم ذلك الوطئ لزوال معنى اشتغال رحمها بمائه
حقيقة وحكما الا ترى انه يحل لزوجها ان يغشاها فيحل له ان يطأ المنكوحة حينئذ لعدم الجمع
وان لم يكن وطئ المملوكة جاز ان يطأ المنكوحة لعدم الوطئ جمعا اذ المرقوقة ليست
موطوءة حكما **قوله** فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدري ايتهما اولى فرق بينه وبينهما
قيد بعقدتين لانه لو تزوجهما في عقد واحد كان النكاح باطلا للجمع بين الاختين فلا تستحقان
شيئا من المهر وقيد بقوله ولا يدري ايتهما اولى لانه لو علم ذلك بطل نكاح الثانية وقوله
لان نكاح احديهما باطل بيقين يعني من كانت اخرى في الواقع ولا وجه الى التعيين
لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ يعني الى تصحيحه في احديهما بغير عينهما لعدم الفائدة
وهي حل القربان للزوج لانه لا يثبت مع الجهالة او للضرر يعني في حقهما لان كلا منهما
تبقى معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة فتعين التفريق وطولب بالفرق بين هذه وبين
ما اذا كان للرجل اربع نسوة طلق واحدة منهن بعينها فنسيها فانه يؤمر بالبيان ولا يفرق
واجيب بان الفارق تمكن الزوج من دعوى نكاح منهن باعيانهن لان نكاح كل
واحدة منهن كان ثابتا بيقين وليس فيما نحن فيه شيء من نكاحهما كذلك فلا يتمكن
من دعوى النكاح في احديهما تمسكا باليقين فيفرق بينهما وقوله ولهما نصف المهر يعني
بينهما نصفان لانه وجب للاولى منهما اما انه وجب فلان الفرقة وقعت بسبب مضاف
الى الزوج وهو التجهيل وذلك يوجب المهر البتة واما انه للاولى فلان نكاحها صحيح دون

دون الاخرى وتقرير كلامه المهر للاولى منهما لما قلنا وليس احدهما بكونها اولى اولى للجهل بالاولوية وفي بعض النسخ بالاولية فينصرف اليهما * وقوله وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما قال الفقيه ابو جعفر رحمه الله لا بد ان تدعي كل واحدة منهما انها هي الاولى واما اذا قالتا لا ندري اي النكاحين كان اولا لا يقضى لهما بشيء حتى تصطلحا لان الحق للمجهولة فلا بد من الدعوى او الاصطلاح ليقضى لهما وصورة الاصطلاح ان تقولا عند القاضي لنا عليه المهر وهذا الحق لا يعدونا فنصطلح على اخذ نصف المهر فيقضي القاضي

قوله ولا يجمع بين المرأة وعمتها او خالتها ولا بجمع بين المرأة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها رواه ابن عباس وجابر رضي الله عنهما كذا في النهاية وذكر الترمذي في جامعه انه رواه علي وابو هريرة وابو عمر وابو سعيد وعبد الله ابن عمرو ابو امامة وجابر وعائشة وابو موسى وسمرة بن جندب رضي الله عنهم وهو مشهور تلقته الامة بالقبول والعمل فان قيل ما فائدة التكرار لحكم واحد بصيغتين مختلفتين في موضعين لان المراد من قوله لا تنكح المرأة على عمتها وهو ان لا يجمع بينهما في النكاح ثم الجمع بين المرأة وبين عمتها هو عين جمع المرأة بينها وبين بنت اخيها وكذلك الجمع بين المرأة وخالتها هو عين الجمع بينها وبين ابنة اختها اجيب بان شمس الائمة السرخسي رحمه الله قال ذكر هذا النفي من الجانبين اما للمبالغة في بيان التحريم او لازالة الاشكال لانه ربما يظن ظان ان نكاح ابنة الاخ على العمة لا يجوز ونكاح العمة على ابنة الاخ يجوز لتفضيل العمة كما لا يجوز نكاح الامة على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الامة فبين النبي عليه السلام ثبوت هذه الحرمة من الجانبين لازالة الاشكال ولقائل ان يقول في عبارة المصنف رحمه الله تسامح لانه قال وهذا مشهور تجوز الزيادة على الكتاب بمثله وهذه العبارة انما تستعمل في تقييد المطلق على ما لا يخفى على المحصلين

ومانحن فيه ليس كذلك لان قوله تعالى وَاُحِلَّ لَكُمْ مَاوَرَاءَ ذٰلِكُمْ عام وهذا الحديث يخصصه سلمنا جواز الاصطلاح على تخصيص العام بالزيادة لكن شرط التخصيص المقارنة عندنا اولا وليست بمعلومة ويمكن ان يجاب عنه بان الزيادة على الكتاب نسخ اخص فيجوز ذكره وارادة مطلق النسخ لان ذكر الاخص وارادة الاعم مجاز شائع فيكون معناه يجوز نسخ الكتاب به ولا نزاع في ذلك لا سيما آية تطرق اليها الاحتمال بالنسخ مرة فان قوله تعالى وَلَاتَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ نسخ عموم قوله تعالى وَاُحِلَّ لَكُمْ مَاوَرَاءَ ذٰلِكُمْ بتقديره متأخرا ئلا يتكرر النسخ فجاز ان ينسخ بخبر مشهور ما تناوله مما ذكرناه ولا بأس بمطالعة ما في النهاية في هذا الموضع من كلام المهرة الحذاق المتفننين ان كانت القواعد الاصولية على ذكر منك وقوله ولا تجمع بين امرأتين لو كانت احديهما رجلا لم يجزله ان يتزوج بالاخرى ظاهر وهو حكم ثابت بدلالة الحديث الذي كان بحثنا فيه لان الجمع بين المرأة وعمتها محرم لافضائه الى قطيعة الرحم المحرم القطع وهو موجود فيما نحن فيه * ولا عليك ان تجعله ثابتا بدلالة قوله تعالى وَاَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْاُخْتَيْنِ كما قدمته وهو اولى وقوله ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع ظاهر وقوله لما روينا اشارة الى قوله يحرم من الرضاع الحديث **قوله** ولا بأس بان يجمع بين امرأة ظاهر ونسب في المبسوط قول زفر رح هذا الى ابن ابي ليلى وقوله والشرط ان يصور ذلك من كل جانب يعني كما كان في الاختين كذلك لان ذلك هو منصوص عليه ومانحن فيه فرع عليه فيجب ان يكون الفرع على وفاق الاصل وقد صح ان عبد الله بن جعفر رحمه الله جمع بين امرأة علي رضي الله وابنتها من غيرها وهذا ما يتعلق بالتحريم بسبب الجمع **قوله** ومن زنى بامرأة حرمت عليه امها وبنتها لما فرغ من بيان الحرمة بسبب الجمع اراد ان يبيّن ان الزنا يوجب حرمة المصاهرة اولا وذكر الخلاف قال الشافعي رح الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فانها تلحق الاجنبيات بالمحارم وكل ما هو نعمة لا تنال بالمحظور لانتفاء المناسبة الواجبة بين الحكم

لحكم وسببه ولنا ان الوطئ سبب الجزئية وتقريره ان الولد جزء من هو من مائه والاستمتاع بالجزء حرام اما ان الولد جزء من هو منه فلان سبب الجزئية موجود وهو الوطئ فانه سبب للجزئية بين الوالدين والولد لا محالة وكذا بين الوالدين بسبب الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملاً كما يقال ابن فلان وابن فلانة فتصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وتصير اصوله وفروعه كاصولها وفروعها فان قيل لو كان كذلك لكانت الحرمة ثابتة في نفس المرأة الموطؤة لانها حينئذ جزء الواطئ اجاب بقوله والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطؤة لانها لو قيل بحرمتها لم تحل امرأة بعد ما ولدت لزوجها وعاد النكاح على موضوعه بالنقض لانه ما شرع الا للتوالد فلو حرمت بالولادة لكان ما وضع للولادة ينتفي بها وذلك خلف باطل واما ان الاستمتاع بالجزء حرام فلان اول الانسان آدم عليه السلام وقد حرمت عليه بناته فهو الاصل في حرمة الجزء واستثني موضع الضرورة وهي امرأته وقوله والوطئ محرم من حيث انه سبب الولد جواب عن قوله حرمة المصاهرة نعمة فلا تنال بمحظور وبيانه ان الوطئ ليس بسبب للحرمة من حيث ذاته حتى تعتبر المناسبة بينه وبين الحكم بالمشروعية ولا من حيث انه زنا وانما هو سبب لها من حيث انه سبب للولد اقيم مقامه كالسفر مع المشقة ولا عدوان ولا معصية للمسبب الذي هو الولد لعدم اتصافه بذلك لا يقال ولد عصيان او عدوان والشيء اذا قام مقام غيره يعتبر فيه صفة اصله لا صفة نفسه كالتراب في التيمم وقوله ومن مسته امرأة بشهوة بيان ان الاسباب الداعية الى الوطئ في اثبات الحرمة كالوطئ في اثباتها قال الفقيه ابو الليث رح تاويل المسئلة اذا صدق الرجل المرأة انها مسته عن شهوة ولو كذبها ولم يقع في اكبر رأيه انها فعلت ذلك عن شهوة ينبغي ان لا تحرم عليه امها وبنتها فان قيل ذكر مسئلة الدواعي تكرار لان نفس الوطئ الحرام اذا لم يوجب الحرمة فلان لا توجبها دواعيه اولى اجيب بانه انما كانت تكرارا ان لو كانت مصورة

فى الحرام فقط وليس كذلك بل هي فى الحلال مثل ان مست امة مولاها كذلک غيرانا
لم نميز بين الحلال والحرام في شمول وجوب الحرمة والشافعي رح في شمول العدم
له فى الحلال ماذكر فى الكتاب ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لايتعلق
بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال وكل ماليس في معنى الدخول لايلحق
بالدخول لان الملحق لابد وان يكون في معنى الملحق به ولنا ان المس والنظر سبب
داع الى الوطئ والسبب الداعي الى الشيئ يقام مقامه في موضع الاحتياط وهذا لانا
وجدنا لصاحب الشرع مزيد اعتناء في حرمة الابضاع الا يرى انه اقام شبهة البعضية
بسبب الرضاع مقام حقيقتها في اثبات الحرمة دون سائر الاحكام من التوارث ومنع وضع الزكوة
ومنع قبول الشهادة فاقمنا السبب الداعي مقام المدعو احتياطا وفساد الصوم والاحرام
ووجوب الاغتسال ليس من باب حرمة الابضاع حتى يقوم السبب فيه مقام الوطئ
ونوقض بان ماذكرتم ان كان صحيحا قام النظر الى جمال المرأة مقام الوطئ في ثبوت
الحرمة لكونه سببا داعيا اليه والجواب ان النظر الى الفرج المحرم وهو ما يكون نظرا
الى داخل الفرج بان كانت متكئة وهو لا يحل الا فى الملک والظاهر من ذلک انها
لاتكون على هذه الحالة الا في خلوة عن الاجانب فاظر بعد هذا في ان النظر الى
الجمال الحلال فى الملک وغيره خلاء وملاء هل يكون في كونه داعيا الى الوطئ دعوة
النظر ذلک اليه اولا لااراک قائلا بذلک الا مكذبا وعرف المس بشهوة بان تنتشر
الآلة يعني اذا لم تكن منتشرة قبل النظر والمس اوتزداد انتشارا اذا كانت منتشرة قبل
ذلک وقوله هو الصحيح احتراز عن قول كثير من المشائخ رحمهم الله قال فى الذخيرة وكثير
من المشائخ رحمهم الله لم يشترطوا الانتشار وجعلوا حد الشهوة ان يميل قلبه اليها ويشتهي
جماعها واختار المصنف قول شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام رح قال فى النهاية
هذا اذا كان شابا قادرا على الجماع فان كان شيخا اوعنينا فحد الشهوة ان يتحرک قلبه

قلبه بالاشتهاء ان لم يكن متحركا قبل ذلك اويزداد الاشتهاء ان كان متحركا وهذا افراط وكان الفقيه محمد بن مقاتل الرازي رحمه الله لا يعتبر تحرك القلب وانما يعتبر تحرك الآلة وكان لا يفتي بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير والعنين الّذي ماتت شهوته حتى لم يتحرك عضوه بالملامسة وهو اقرب الى الفقه وقوله والمعتبر النظر ظاهر ولو مس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة وكان يفتي به شمس الاسلام الاوزجندي رح ووجهه ان مجرد المس بشهوة يثبت الحرمة فهذه الزيادة ان كانت لا توجب زيادة حرمة لا توجب خللا فيها والذي اختاره المصنف رحمه الله في الكتاب هو اختيار شمس الائمة السرخسي والامام فخر الاسلام وقد نص محمد رحمه الله في باب اتيان المرأة في غير مأتاها من الزيادات ان الجماع في الدبر لا يثبت حرمة المصاهرة وكذا النظر الى موضع الجماع من الدبر بشهوة وهذا اصح لما تبين انه اي المس بالانزال غير مفض الى الوطيء والمس المفضي اليه هو المحرم ومعنى قولهم المس بشهوة لا يوجب الحرمة بالانزال وهو ان الحرمة عند ابتداء المس بشهوة كان حكمها موقوفا الى ان يتبيّن بالانزال فان انزل لم يثبت والا ثبت لا ان يكون معناه ان حرمة المصاهرة يثبت بالمس ثم بالانزال سقط ما ثبت من الحرمة لان حرمة المصاهرة اذا ثبت لا تسقط ابدا واذا طلق امرأته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي رحمه الله ان كانت العدة عن طلاق بائن كالطلاق على مال او ثلث جاز لانقطاع النكاح بالكلية لان القاطع وهو الطلاق موجود على الكمال اذ ليس فيه شائبة الرجوع فلا بد من اعماله واعمال القاطع الكامل يقتضي القطع بالكلية ليثبت الحكم بقدر دليله ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة وجب الحد * ولنا انا لا نسلم انقطاع النكاح بالكلية فان النكاح الاول قائم لبقاء بعض احكامه كالنفقة والمنع من الخروج والفراش وهو صيرورة المرأة بحال لو جاءت بولد يثبت النسب منه فان هذه كذلك ما دامت في العدة ولا نزاع في بقاء هذه الاحكام سوى النفقة ولا في كونها مرتبة

على النكاح فلو لم يكن النكاح قائما حال العدة تخلف الحكم عن علته وهو باطل واذا كان النكاح قائما كان عمل القاطع متأخرا كما في الطلاق الرجعي ولهذا بقي القيد فلو جاز نكاح الاخت في العدة لزم الجمع بين الاختين وهو حرام وقوله والحد لا يجب جواب عن قوله ولهذا الو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ووجهه انا لانسلم وجوبه على اشارة كتاب الطلاق قال معتدة عن طلاق ثلث جاءت بولد لاكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج اذا انكره ففي قوله لايثبت نسبه منه اذا انكره دليل على انه لو ادعى ثبت نسبه منه ففيه اشارة الى ان الوطئ في العدة من طلاق ثلث لا يكون زنا اذ لو كان زنا لما ثبت به النسب وان ادعى ولئن سلمنا ذلك بناء على ما يدل عليه عبارة كتاب الحدود وهي ما قال ان من طلق امرأته ثلثا ثم وطئها في العدة يجب عليه الحد اذا لم يدع الشبهة فذلك باعتبار ان الملك في حق الحل قد زال فيتحقق الزنا لوقوع الوطئ في غير الملك ولم يزل في حق ما ذكرنا من النفقة والمنع والفراش لانا قد اتفقنا على بقاء المنع من الخروج والفراش ولم يكن ذلك الا باعتبار الحكم ببقاء النكاح وقلنا ببقائه في حق التزوج بالاخت احتياطا في التفادي عن الجمع بين الاختين **قوله** ولا يتزوج المولى امته ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها خلافا لنفاة القياس استدلوا بقوله تعالى فَانكِحُوا مَاطَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَآءِ وقوله فَمِن مَّا مَلَكَتْ اَيْمَانُكُم مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ولنا ان النكاح ما شرع الا مثمرا بثمرات مشتركة بين المتناكحين يعني كما انه يجب للزوج على الزوجة حق يقتضي مالكية الزوج عليها كطلب تمكينها من وطئها ودواعيه شرعا والمنع من الخروج والبروز والتحصين فكذلك يجب لها عليه حق يقتضي مالكيتها عليه كطلب النفقة والكسوة جبرا والسكنى والقسم والمنع من العزل والقيام بمصالحها الراجعة الى الزوجية فكان النكاح مشروعا لايجاب هذه الثمرات المشتركة بينهما فكان كل واحد منهما مالكا ومملوكا وبينهما منافاة لان المالكية تقتضي القاهرية والمملوكية تقتضي المقهورية ولا خفاء

ولاخفاء في التنافي بينهما واعترض بانهما من جهتين مختلفتين ولاتنافي حينئذ واجيب
بمنع اختلاف الجهة بان كون المرأة مالكة بجميع اجزائها انما هو بالنسبة الى العبد
وكونها مملوكة ايضا بالنسبة الى العبد فلم تختلف الجهة ولقائل ان يقول المرأة بجميع
اجزائها مالكة للعبد بجميع اجزائه وليست بمالكة لمنافع بضعه فجاز ان يملك العبد
بالنكاح على سيدته منافع بضعها لان النكاح عقد على ملك منافع البضع وهو لم يكن
من حيث منافع بضعه مملوكا ولا المولاة من حيث منافع بضعها مالكة بل من حيث
اجزائها فاختلفت الجهة وانتفى التنافي والجواب انا لا نسلم انها لم تملك منافع بضعه
فانها تقدر على اتلافه بالاخصاء والجب من غير ضمان يلحقها فكان العبد مملوكا
من حيث فرضه مالكا فاتحدت الجهة وتحقق التنافي واما الجواب عما استدل به نفاة
القياس من الآية فبانها يعارضها قوله تعالى وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ
مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ خاطب الله تعالى المولى بانكاح الاماء لا بنكاحهن فان قيل
الآية ساكتة عن بيان نكاحهن والساكت ليس بحجة فالجواب ان الموضع موضع
بيان ما يحتجن اليه من امر النكاح والسكوت عن البيان في موضع الحاجة الى البيان
بيان ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ
قال المصنف رحمه الله اي العفائف فسره بذلك احترازا عن قول ابن عمر رضي الله عنهما
فانه فسرها بالمسلمات وليست العفة شرطا لجواز النكاح وانما ذكرها بناء على العادة
بدلالة الفرض ووجه الاستدلال ان الله تعالى قال الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ
الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ
مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ فلاخفاء في دلالته على الحل ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة
على ما نبين من بعد يعني من بعد اسطر حيث قال ويجوز تزويج الامة قال ولا يجوز
تزويج المجوسيات لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب اي اسلكوا بهم طريقتهم

يعني عاملوهم معاملة هؤلآء في اعطاء الامان باخذ الجزية منهم رواه عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ولايجوز تزويج الوثنيات لقوله تعالى وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وهو بعمومه يتناول الوثنية وهو من يعبد الصنم وغيره واعترض بان اهل الكتاب مشركون قال الله تعالى وَقَالَتِ الْيَهُودُ عُزَيْرٌ ابْنُ اللّٰهِ وَقَالَتِ النَّصَارَى الْمَسِيحُ ابْنُ اللّٰهِ الى قوله سُبْحَانَهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ وقد ذكر في التيسير والكشاف ان اسم اهل الشرك يقع على اهل الكتاب فيكونون داخلين تحت المشركين وذلك يقتضي عدم جواز نكاح الكتابيات وقد بين المصنف رحمه الله جوازه مستدلا بقوله تعالى وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ والجواب ان الله تعالى عطف المشركين على اهل الكتاب في قوله تعالى وَلَتَسْمَعُنَّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ وَمِنَ الَّذِينَ أَشْرَكُوا أَذًى كَثِيرًا وفي قوله تعالى لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ والمعطوف غير المعطوف عليه لا محالة وقوله عَمَّا يُشْرِكُونَ استعارة تصريحية تبعية وذلك لانه شبه اتخاذهم الاحبار والرهبان اربابا باشراك المشركين وسرى ذلك الى النعلين ثم ترك المشبه وذكر المشبه به كما عرف في علم البيان فان قيل اتخاذهم اربابا عين الشرك لا مشبه به قلت فيه الاستعارة التصريحية فانهم لم يجعلوهم اربابا حقيقة وانما كانوا يعظمونها تعظيم الارباب فان قلت فما تقول في تأويل ابن عمر رضي الله عنه لقوله تعالى وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ باللاتي اسلمن من اهل الكتاب قلت لسنا نأخذ به لعرائه اذ ذاك عن الفائدة فان غير الكتابية ايضا اذا اسلمت حل نكاحها وقد جاء عن حذيفة رضي الله عنه انه تزوج يهودية وكذا عن كعب ابن مالك رضي الله عنه **قوله** ويجوز تزويج الصابيات ان كانوا يؤمنون بدين نبي الصابئة من صبا اذا خرج من الدين وهم قوم عدلوا من دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الكواكب وذكر في الصحاح انهم جنس من اهل الكتاب والتفصيل المذكور في حكمهم مبني على هذين التفسيرين وقوله

وقوله والخلاف المنقول فيه يعني بين ابي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله ان انكحتهم صحيحة عنده خلافا لهما محمول على اشتباه مذهبهم فكل اجاب بما وقع عنده وقع عند ابي حنيفة رحمه الله انهم من اهل الكتاب يقرؤن الزبور ولا يعبدون الكواكب لكنهم يعظمونها كتعظيمنا القبلة في الاستقبال اليها ووقع عندهما انهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم فصاروا كعبدة الاوثان فاذاً لا خلاف بينهم في الحقيقة لانهم ان كانوا كما قال ابو حنيفة رحمه الله جاز مناكحتهم عندهما ايضا وان كانوا كما قالا فلا يجوز مناكحتهم عنده ايضا وحكم ذبيحتهم على هذا * ويجوز تزويج المحرم والمحرمة في حالة الاحرام وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وتزويج المحرم وليته على هذا الخلاف * له ما روي عن عثمان ابن عفان رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب * ولنا ما روى ابن عباس رضي الله عنهما انه عليه السلام تزوج ميمونة وهو محرم وقال ابو عيسى الترمذي حديث ابن عباس رضي الله عنهما حسن صحيح فان قلت النكاح ما تثبت به حرمة المصاهرة فيجب ان لا يجوز على المحرم قياسا على الوطئ اذا كان الحديثان متعارضين قلت ما رواه محمول على الوطئ اي لا يطأ ولا يمكن المرأة ان تطأ كما هو فعل البعض فكان القياس بعد ذلك في مقابلة النص وهو فاسد * ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز للحر ان يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق اذ الولد يتبع الام في الرق وما يثبت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة تندفع بالمسلمة فلا حاجة الى الكتابية ولهذا اي ولكونه ضروريا عنده جعل طول الحرة مانعا منه اي من تزوج الامة لاندفاع الضرورة بالقدرة على تزوج الحرة وعندنا جواز نكاح الامة مطلق مسلمة كانت او كتابية لاطلاق المقتضي وهو قوله تعالى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِنَ النِّسَآءِ مَثْنَى وَثُلَثَ وَرُبَاعَ وقوله وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُم وانتفاء المانع الذي ابداه وهو تعريض الجزء على الرق لان فيه

اي في الاقدام على نكاح الامة امتناعا من تحصيل الجزء الحر لارقاقه لانه لم يوجد بعد
وبعد وجود الماء فهو موات لا يوصف بالرق والحرية الا بطريق التبعية والامتناع عنه ليس
بمانع شرعا لان له ان لا يحصل الاصل بالعزل برضى المرأة او بتزوج العقيم والعجوز فلان
يكون له ان لا يحصل وصف الحرية بتزوج الامة اولى ولا يتزوج امة على حرة سواء كان
حرا او عبدا وقال الشافعي رح يجوز ذلك للعبد وقال مالك رحمه الله يجوز برضى الحرة
وجه الشافعي رحمه الله ان تزوج الامة ممنوع لمعنى في المتزوج اذا كان حرا وهو تعريض
جزئه على الرق مع الغنية عنه وهو لا توجد في حق العبد لانه رقيق بجميع اجزائه ووجه
مالك رح ان المنع لحق الحرة فاذا رضيت فقد اسقطت حقها ولنا ما ذكر محمد بن الحسن رح
في مبسوطه بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه
حجة عليهما لان الرأي في مقابلة النص غير معتبر فان قيل جوزتم نكاح الامة مسلمة كانت
او كتابية باطلاق المقتضي على ما تلوتم فهلا جوزتم نكاحها على الحرة بذلك قلت جوزنا
هناك لوجود المقتضي وانتفاء المانع وههنا وان كان المقتضي موجودا لكن المانع غير منتف
وهو الذي اشار اليه المصنف رحمه الله بقوله ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره
في الطلاق ان شاء الله تعالى فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام
ولا علينا ان نقرره ههنا وتقريره ان الحل الذي يبتني عليه عقد النكاح نعمة في جانب
الرجال والنساء جميعا فكما يتنصف ذلك الحل برق الرجل حتى يتزوج العبد ثنتين
والحر اربعا فكذلك يتنصف برق المرأة لان الرق هو المنصف وهو يشملهما ولا يمكن
اظهار هذا التنصيف في جانبها بنقصان العدد لان المرأة الواحدة لا تحل الا للواحد
فظهر التنصيف باعتبار الحالة فبعد ذلك نقول الاحوال ثلث حال ما قبل نكاح الحرة
وحال ما بعده وحال المقارنة ولكن الحالة الواحدة لا تحتمل التجزي فتغلب الحرمة
على الحل فتجعل محللة سابقة على الحرة ومحرمة مقترنة بالحرة او متأخرة عنها وهذا

وهذا المعنى وهو بطلان التنصيف بالرق الثابت بالدليل القطعي مانع عن العمل باطلاق المقتضي فتأمل فانه غريب ويجوز تزويج الحرة عليها لقوله عليه السلام وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع الحالات لعدم التنصيف في حقها فجاز العمل باطلاق المقتضي عند انتفاء المانع فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق بائن او ثلث لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله ويجوز عندهما ووجه الجانبين على ما ذكره في الكتاب ظاهر ولا بد لهما من فرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا تزوج امرأة في عدة اختها من طلاق بائن فانهما لم يجوزاه كابي حنيفة رحمه الله وقالوا في الفرق لهما ان المحرم هناك الجمع فاذا تزوجها في عدة اختها صار جامعا بينهما في حقوق النكاح فلا يجوز واما هذا المنع فليس لاجل الجمع فانه لو تزوج الامة ثم الحرة صح نكاحهما ولكنه باعتبار ادخال ناقصة الحال على كاملة الحال وهذا لا يوجد بعد البينونة ولقائل ان يقول نكاح الاولى قائم ما دامت في العدة اولا فان كان الاول ورد عليهما هذه المسئلة وان كان الثاني فتلك المسئلة وقد نقل في النهاية عن المبسوط والاسرار فرقا آخر اضعف من هذا فلا حاجة الى ذكره **قوله** وللحران يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وللحران يتزوج اربعا من الحرائر والاماء ايهما اذا قدم الامة على الحرة ولا يتزوج اكثر من ذلك قال الله تعالى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلٰثَ وَرُبَاعَ نص على العدد والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وفيه بحث لان هذا معدول وهو وصف ولهذا منع عن الصرف للعدل والوصف فكان من باب تخصيص الشيء بالذكر وذلك لا يدل على نفي الحكم عما عداه فتثبت الزيادة بقوله تعالى وَاُحِلَّ لَكُم مَا وَرَاءَ ذٰلِكُم سلمنا انه عدد لكن لا نسلم ان التنصيص عليه يمنع الزيادة عليه لانه عليه السلام قال انما يغسل الثوب من خمس من بول وغائط وقيء ومني ودم وبالاتفاق يغسل من الخمر ايضا مع انه صلى الله عليه وسلم نص على العدد مع كلمة الحصر والجواب عن الاول انه بحسب الاصل من الاعداد

وان استعمل وصفا وعن الثاني بان معناه انما يغسل الثوب من خمس مما يخرج من بدن الآدمي لان هذا الحديث خرج جوابا لسؤال من سأل عن النجاسة وهو منحصر على هذا العدد فان قيل سلمناه لكن مقتضاه التسع او ثمانية عشر لما ان الواو للجمع واجيب بان هذا الوهم هو الذي اوقع الرفضة عليهم اللعنة في التسوية بينهم وبين افضل الموجودات مع اختصاصه بذلك بفضيلة النبوة او ازديادهم عليه فان منهم من ذهب الى جواز التسع ومنهم من ذهب الى جواز ثمانية عشر نظرا الى معنى المعدول وحرف الجمع ولكن ليس الامر على ما توهموا لان المراد بمثل هذا الكلام احد هذه الاعداد قال الفراء لا وجه لحمل هذا على الجمع لان العبارة عن التسع بهذا اللفظ من العي في الكلام والكلام المجيد منزه عن ذلك وقد صح ان رسول الله صلعم فرق بين غيلان الديلمي وبين ما زاد على الاربع من النسوة حين اسلم وتحته عشر نسوة ولم ينقل عن احد في عصر النبي عليه السلام ولا بعده الى يومنا هذا انه جمع بين الاكثر من اربع نسوة نكاحا وقال الشافعي رحمه الله لا يتزوج امة الا واحدة لانه اي نكاح الامة ضروري في حق الحر عنده كما تقدم والضرورة تندفع بالواحدة والحجة عليه ما تلونا يعني قوله تعالى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ فان اسم النساء ينتظم الامة المنكوحة كما في الظهار فان آيته مذكورة بلفظ النساء ويتناول الامة المنكوحة ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من ثنتين وقال مالك رحمه الله يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده لانه يملك اصل ملك النكاح بالاجماع فلو لم يكن بمنزلة الحر في حق النكاح لما ملكه كما انه لا يملك المال ولهذا قال جاز له ان يتزوج بغير اذن مولاه كما ان له ان يطلق بغير اذنه ولنا ان الرق منصف على ما سيجيء في الطلاق كما وعده المصنف رحمه الله فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية وتملكه اصل النكاح لا يمنع التنصيف بالرق كالامة المنكوحة فانها تملك طلب القسم وينصف قسمها وقوله فان طلق الحر ظاهر **قوله** فان تزوج حبلى من الزنا

الزنا الحامل اذا تزوجت فاما ان يكون الحمل ثابت النسب اولا فان كان الاول فالنكاح
باطل في قولهم جميعا وان كان الثاني قال ابوحنيفة ومحمد رحمهما الله جاز النكاح
ولا يطأها حتى تضع حملها وقال ابو يوسف رحمه الله النكاح فاسد لان الامتناع فى الاصل
اي فى الحمل الثابت النسب انما كان لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لاجناية منه
ولهذا لم يجز اسقاطه فالحاصل انه قاس حمل الزنا على الحمل الثابت النسب بعلة حرمة
الحمل ولهما انها من المحللات بالنص وهو قوله تعالى وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ وكل من كانت
كذلك جاز نكاحها فان قلت ما بال الحامل الثابت النسب لم تدخل تحت هذا النص
قلت لمكان قوله تعالى ولا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ فان قيل لو كانت
من المحللات لحل وطئها بعد ورود العقد عليها اجاب بقوله وحرمة الوطئ كيلا يسقي
ماءه زرع غيره وحرمة الوطئ لعارض يحتمل الزوال لا يستلزم فساد النكاح كما في حالة
الحيض والنفاس وقوله والامتناع في ثابت النسب جواب عن قياس ابي يوسف رحمه الله
وتقريره لا نسلم ان فساد النكاح لحرمة الحمل بل انما هو لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني
وقوله فان تزوج حاملا من السبي صورته ان تسبى الحربية حاملا فيريد السابي ان يتزوجها
لا يجوز مالم تضع الحمل لان النسب من زوجها ثابت فكان الماء محترما واجب
الصيانة وكذلك حكم المهاجرة وقوله وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح
باطل لانها فراش لمولاها لوجود حده وهو صيرورة المرأة متعينة لثبوت نسب الولد منها
وكل من كانت فراشا للشخص لا يجوز نكاحها لئلا يحصل الجمع بين الفراشين فانه
سبب الحرمة فى المحصنات من النساء فان قيل لو كانت فراشا لبطل نكاحها وان لم تكن
حاملا ايضا اجاب بقوله الا انه غير متاكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فكان
فراشا ضعيفا فلا يعتبر مالم يتصل به الحمل لان الحمل مانع فى الجملة وكذلك الفراش
فعند اجتماعهما يحصل التاكيد فان قيل اذا كان غير متأكد ينتفي الولد بالنفي من غير لعان

وجب ان يكون الاقدام على النكاح نفيا للنسب فانه يقبل النفي دلالة كما اذا قال لجارية له ولدت ثلثة اولاد في بطون مختلفة هذا الاكبر مني فانه ينتفي نسب الباقين واذا انتفى نسبه كان حملا غير ثابت النسب وفي مثله يجوز النكاح كما تقدم واجيب بان هذه دلالة والدلالة انما تعمل اذا لم يخالفها صريح والصريح ههنا موجود لان المسئلة فيما اذا كان الحمل منه فانه قال رجل زوج ام ولده وهي حامل منه وانما يكون الحمل منه اذا اقربه وانما ذكر لفظ الفاسد في المسئلتين المتقدمتين ولفظ الباطل ههنا وان كان المراد بالفاسد هناك الباطل ايضا على ما ذكره فخر الاسلام وقال لان ثبوت الملك في باب النكاح مع المنافي انما هو لضرورة تحقق المقاصد من حل الاستمتاع والتوالد والتناسل فلا حاجة الى عقد لا يتضمن المقاصد ولا يثبت به الملك لان الحرمة في المتقدمتين اهون اما في الحامل من الزنا فلان الحرمة فيها مختلف فيها وهو ظاهر واما في المسبية فكذلك على ما روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انها اذا تزوجت جاز النكاح ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع حملها ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها لعدم حد الفراش الذي ذكرناه فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا ان عليه اي على المولى ان يستبرئها قال الشارحون رحمهم الله يعني عليه الاستحباب دون الوجوب وذلك لان هذا اللفظ غير مذكور في الجامع الصغير وانما ذكره المصنف رحمه الله فيقال انه اراد به الاستحباب صيانة لمائه وقد صرح في فتاوى الولوالجي الاستحباب واذا جاز النكاح جاز للزوج ان يطأها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا احب له ان يطأها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى ولو تحقق الاشتغال بماء الغير كان الوطئ حراما فاذا احتمل ذلك يثبت التنزه كما في الشراء فان الموجب فيه احتمال الشغل لكن جواز الاقدام على النكاح اورث ضعفا في السبب فيكون مستحبا ولهما انا قد اتفقنا على جواز النكاح من حبل زان والحكم

والحكم بجواز النكاح في مثله امارة فراغ الرحم لان النكاح لم يشرع الا على رحم فارغ
عن شاغل محرم واذا كان الرحم فارغا لا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا اذ الحكم
لا يثبت بلا سبب وانما قدم الاستحباب وكان حقه التأخير لان نفيه يستلزم نفي الوجوب
فكان تقديمه يوجب الاستغناء عن نفي الوجوب اما لان الخصم يقول به فكان نفيه اهمّ
واما ليتصل بقوله بخلاف الشراء فان الاستبراء فيه واجب * ومن تذكر ما سبق من
المسائل يفطن لما ذكرنا من القيود التي لم يصرح بذكرها المصنف رحمه الله استغناءً عنها
بما تضمن كلامه فيما سبق وقوله بخلاف الشراء جواب عن قياس محمد رحمه الله صورة
النزاع على الشراء بالفارق وهو ان الشراء مع الشغل جائز دون النكاح فالحكم بجواز
النكاح امارة الفراغ والا لكان حكما بما لا يجوز ولا كذلك في الشراء فيجب الاستبراء وقوله
وكذا اذا راى امرأة تزني ظاهر وقيل ينبغي ان لا يحل لان احتمال الشغل قائم ودليل
الحرمة عند معارضة دليل الحل راجح واجيب بانه تعارض الاحتمالان احتمال وجود الحمل
وعدمه فعند ذلك رجّحنا جانب العدم لاصالته ولتقوى الاصالة ههنا بعدم حرمة صاحب
الماء **قوله** ونكاح المتعة باطل صورة المتعة ما ذكره في الكتاب ان يقول الرجل لامرأة
اتمتع بكِ كذا مدة بكذا من المال اويقول خذي هذه العشرة لاستمتع بكِ اياما
او متعيني نفسكِ اياما او عشرة ايام اولم يقل اياما وهذا عندنا باطل وقال مالك رحمه الله
هو جائز وهو الظاهر من قول ابن عباس رضي الله عنه لانه كان مباحا بالاتفاق فيبقى الى
ان يظهر ناسخه قلنا قد ظهر ناسخه باجماع الصحابة رضي الله عنهم وبيان ذلك انه وردت
الاحاديث الدالة على نسخها منها ما روى محمد بن الحنفية رحمهما الله عن علي ابن
ابي طالب رضي الله عنه ان منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى يوم خيبر
الا ان الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة ومنها حديث ربيع ابن ميسرة رضي الله عنهما قال
احلّ رسول الله صلى الله عليه وسلم المتعة عام الفتح ثلثة ايام فجئت مع عم لي الى باب

امرأة ومع كل واحد منّا بردة وكانت بردة عمي احسن من بردتي فخرجت امرأة
كانها دمية عيطاء فجعلت تنظر الى شبابي والى بردتي وقالت هلاّ بردة كبردة هذا
او شباب كشباب هذا ثم آثرت شبابي على بردته فبت عندها فلما اصبحت اذا منادي
رسول الله صلى الله عليه وسلم ينادي الا ان الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة فانتهى
الناس عنها ثم اجتمعت الصحابة رضي الله عنهم على ان المتعة قد انتسخت في حيوة
النبي عليه السلام فكانت الاحاديث ناسخة والاجماع مظهراً لان نسخ الكتاب والسنة
بالاجماع ليس بصحيح على المذهب الصحيح فان قيل اين الاجماع وقد كان ابن عباس
رضي الله عنهما مخالفا اجاب بقوله وابن عباس رضي الله عنهما صح رجوعه الى قولهم
روى جابر ابن زيد ان ابن عباس رضي الله عنهما ما خرج من الدنيا حتى رجع عن
قوله في الصرف والمتعة فتقرر الاجماع وقيل في نسبة جواز المتعة الى مالك رحمه الله
نظر فانه يروى الحديث في الموطا عن ابن شهاب عن عبد الله والحسن ابني محمد
بن علي عن ابيهما عن علي ابن ابي طالب كرم الله وجهه ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن اكل لحوم الحمر الانسيّة وقال الاهلية
في المدوّنة ولا يجوز النكاح الى اجل قريب او بعيد وان سمى صداقا وهذه المتعة واقول
يجوز ان يكون شمس الائمة الذي اخذ منه المصنف رحمه الله قد اطلع على قول له على خلاف
ما في المدونة وليس كل من يروي حديثا يكون واجب العمل عنده لجواز ان يكون عنده ما يعارضه
او يترجح عليه والنكاح الموقت باطل مثل ان يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام والذي
يفهم من عبارة المصنف رحمه الله في الفرق بينهما شيئان احدهما وجود لفظ يشارك المتعة
في الاشتقاق كما ذكرنا آنفا في نكاح المتعة والثاني شهود الشاهدين في النكاح الموقت مع
ذكر لفظ التزويج او النكاح وان تكون المدة معينة وقال زفر رح هو صحيح لازم لان التوقيت
شرط فاسد لكونه مخالفا لمقتضى عقد النكاح والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه

انه اتى بمعنى المتعة بلفظ النكاح لان معنى المتعة هو الاستمتاع بالمرأة لا لقصد مقاصد النكاح وهو موجود فيما نحن فيه لانها لا تحصل في مدة قليلة والعبرة في العقود للمعاني دون الالفاظ الا يرى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة وقوله ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التاقيت او قصرت احتراز عن قول الحسن بن زياد رحمهما الله انهما ان ذكرا من الوقت ما يعلم انهما لا يعيشان اليه كمائة سنة او اكثر كان النكاح صحيحا لانه في معنى التأبيد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وجه الظاهر ان التاقيت معين لجهة المتعة فان قوله تزوجتكِ للنكاح ومقتضاه التأبيد لانه لم يوضع شرعا الا لذلك ولكنه يحتمل للمتعة فاذا قال الى عشرة ايام عين التوقيت جهة كونه متعة معنىً وفي هذا المعنى المدة القليلة والكثيرة سواء واستشكل هذه المسئلة بما اذا شرط وقت العقد ان يطلقها بعد شهر فان النكاح صحيح والشرط باطل ولا فرق بينها وبين ما نحن فيه واجيب بان الفرق بينهما ظاهر لان الطلاق قاطع للنكاح فاشتراطه بعد شهر لينقطع به دليل على وجود العقد مؤبدا ولهذا لو مضى الشهر لم يبطل النكاح فكان النكاح صحيحا والشرط باطلا واما صورة النزاع فالشرط انما هو في النكاح لا في قاطعه ولهذا لو صح التوقيت لم يكن بينهما بعد مضي المدة عقد كما في الاجارة **قوله** ومن تزوج بامرأتين في عقد واحد هذه المسئلة من الاصل اي المبسوط وصورتها ظاهرة ومسئلة البيع تأتي في البيوع وقوله وعندهما يقسم على مهر مثليهما يعني اذا كان المسمى الفا مثلا ينظر الى مهر مثليهما ويقسم المسمى عليهما فما اصاب حصة التي لا تحل يسقط عن الزوج وما اصاب حصة الاخرى يثبت عليه لهما انه قابل المسمى بالبضعين وكل ما كان مقابلا بشيئين فانما يلزم اذا سلما لمن قابل ولم يسلم ههنا الا احدهما فلا يلزمه الا حصته كما لو خطب امرأتين بالنكاح على الف فاجابت احديهما دون الاخرى ولابي حنيفة رحمه الله ان ضم ما لا يحل الى ما يحل في النكاح كضم الجدار الى المرأة فيه في ان كل واحد منهما ليس بمحل

للنكاح ولوفعل ذلك اذا لم تكن محلا للنكاح اصلا وسمى كان المسمى كله للمرأة فكذلك
ههنا لمن تحل بخلاف ما اذا خطبهما بالنكاح لانهما قد استويتا في الايجاب حتى
لواجابتا صح نكاحهما جميعافيثبت انقسام البدل بالمساواة في الايجاب فان قيل اذا لم تكن
محلا للنكاح اصلا ولم تدخل تحت العقد وجب ان يحد ان دخل بها ولا يحد عنده
اجيب بان عدم الحد باعتبارظاهرصورة العقد وقوله ومن ادعت عليه امرأة انه تزوجها
هذه المسئلة من الجامع الصغيروهي ملقبة بين الفقهاء بان قضاء القاضي بشهادة الزور
في العقود والفسوخ عندابي حنيفة رحمه الله ينفذ ظاهرا وباطنا ومعنى نفوذه ظاهرانفوذه
فيما بيننا لثبوت التمكين والنفقة والقسم وغيرذلك ومعنى نفوذه باطنا ثبوت الحل
عند الله تعالى واما في الاملاك المرسلة والميراث فانه ينفذ ظاهرالا باطنا بالاجماع واما
في الهبة والصدقة فعن ابي يوسف رحمه الله فيه روايتان في رواية الحقها بالاشرية والانكحة
من حيث انه يحتاج فيه الى الايجاب والقبول وفي اخرى الحقها بالاملاك المرسلة
وماذكره في الكتاب من تحريرالمذاهب واضح قالوا القاضي اخطأ الحجة اذ الشهود
كذبة والخطاء في الحجة يمنع عن النفوذ باطنا كمااذا ظهرا نهم عبيدا وكفار * ولابي حنيفة
رحمه الله ان الشهود صدقة عندالقاضي لان الفرض انه لم يطلع على شيء مما يجرحهم
ومثل هذه الشهود هو الحجة المعتبرة في الشرع لتعذر الوقوف على الصدق حقيقة لان ذلك
امر باطن لا يعلمه الا الله فلوا شترط ذلك للقضاء لما امكن القضاء اصلا واذا وجدت الحجة
الشرعية نفذ الحكم ظاهرا وباطنا بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر بالامارات
فان قيل القضاء اظهار ما كان ثابتا لا اثبات مالم يكن والنكاح لم يكن ثابتافكيف ينفذ القضاء
باطنا اشار الى الجواب بقوله بتقديم النكاح يعني يقدم النكاح على القضاء بطريق الاقتضاء
كانه قال انكحتكِ اياه وحكمت بينكما بذلك قطعا للمنازعة فيحل له ان يطأها لئلا يتنازعها
في طلب الوطيء ثانيا وسألني بعض اذكياء المغاربة حين قدم مصرحاجا سنة سبع واربعين

واربعين وسبعمائة عن هذه المسئلة طاعنًا في المذهب فاجبته بقولهم هذا اقطع للمنازعة فقال قطع المنازعة لم ينحصر في الوطئ فليطلقها فانه مخلص عن المنازعة مع البراءة عن عهدة وطئ لم يسبقه محلل فقلت أتعني بالطلاق طلاقا مشروعا اوغيره مشروع لا سبيل الى الثاني لعدم الاعتداد بماليس بمشروع فتعين الاول وهو يقتضي النكاح لا محالة واما منا في هذه المسئلة رواية علي رضي الله عنه فانه روي ان رجلا ادعى على امرأة نكاحا بين يدي علي رضي الله عنه واقام شاهدين فقضى بالنكاح بينهما فقالت المرأة ان لم يكن بدّ يا امير المؤمنين فزوجني منه فقال علي رضي الله عنه شاهداكِ زوّجاكِ ولولم ينعقد العقد بينهما بقضائه لما امتنع من العقد عن طلبها ورغبة الزوج فيها وقد كان في ذلك تحصينها من الزنا وكان ذلك منه قضاءً بشهادة الزور فان قيل هذا انما يتم اذا جعل قضاؤه بمنزلة انشاء العقد وذلك يقتضي ان يشرط حضور الشهود عند قوله قضيت عملا بقوله صلّى الله عليه وسلم لا نكاح الّا بشهود اجيب بان بعض مشائخنا رح ذهبوا الى ذلك واليه مال شمس الائمة السرخسي رحمه الله وآخرين منهم قالوا انشاء النكاح لايثبت مقصودا وانما يثبت مقتضى صحة قضائه في الباطن والمقتضى لاتراعى شرائطه التي يثبت بها لوكان مقصودا كما في قوله أَعتِقْ عبدكَ عنّي بالف درهم وهو الجواب عن سقوط الايجاب والقبول وقوله بخلاف الاملاك المرسلة اي المطلقة عن اثبات سبب الملك بان ادعى ملكا مطلقا في الجارية اوالطعام من غير تعيين شراء اوارث حيث لا ينفذ القضاء الاظاهرا بالاتفاق حتى لا يحل للمقضي له وطئها لان في الاسباب تزاحما فلايمكن تنفيذه بيانه ان في الاسباب كثرة ولا يمكن للقاضي تعيين شيء منها بدون الحجة فلم يكن مخاطبا بالقضاء بالملك وانما هو مخاطب بتقصير يد المدعى عليه عن المدعى وذلك نافذ منه ظاهرا فاما ان ينفذ باطنا بمنزلة انشاء جديد فليس بقادر عليه بلاسبب شرعي بخلاف النكاح لان طريقه متعين من الوجه الذي قلنا فيمكنه اثباته وتنفيذه *

باب الاولياء والاكفاء

اخر بيان الاولياء والاكفاء عن بيان المحرمات وان كانا شرطي النكاح لان حل محال النكاح شرط جوازه بالاتفاق بخلاف الاولياء والاكفاء والمتفق عليه اولى بالتقديم وتحرير المذاهب على ما ذكره في الكتاب واضح واما وجه من لم يجوزه بدون الولي كابي يوسف رحمه الله في غير ظاهر الرواية ومالك والشافعي رحمهما الله فما قال لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل لانهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار لا سيما عند التوقان وهو مردود بما اذا اذن لها الولي كما اختاره محمد رحمه الله فان الخلل ينجبر به فكان الواجب الجواز حينئذ وهم لا يقولون به وايضا المدعى ان النكاح لا ينعقد بعبارة النساء فالدليل المطابق بيان الخلل في العبارة والاعتذار بان هذا التعليل تعليل ان لا يفوض اليهن امر النكاح مطلقا من غير نظر الى ان يأذن الولي اولا غير دافع لانتفاء المطابقة واما وجه من جوزه فهو انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج بالاتفاق وكل تصرف هذا شأنه فهو جائز بلا خلاف فان قلت لا نسلم انها تصرفت في خالص حقها بل في حق تعلق به حق الاولياء ولهذا لا يجوز اذا لم يكن كفوًا في رواية قلت لا فرق في ظاهر الرواية فلا يرد عليه واما على رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله فالجواب ان المراد بخالص حقها ما كان من الموضوعات الاصلية التي تترتب على النكاح من تمليك منافع بضعها واستيجاب المهر والنفقة والكسوة والسكنى ونحوها وكل ذلك خالص حقها فلا معتبر بالعارض من لحوق العار بالاولياء فان قلت هذا استدلال بالرأي في مقابلة الكتاب والسنة ومثله فاسد اما الكتاب فقوله تعالى فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ نهى الولي عن العضل وهي المنع وانما يتحقق منه المنع اذا كان الممنوع في يده واما السنة فما روي في السنن عن ابن جريج

عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عايشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايّة امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل فالجواب ان الآية مشتركة الالزام لانه نهاهم عن منعهن عن النكاح فدل على انهنّ يملكنه وان قوله فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِنَّ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ وقوله حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ وقوله أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ يعارضها واما الحديث فساقط الاعتبار لان ابن جريج سأل الزهري عنه فلم يعرفه وفي رواية فانكره ولان عايشة رضي الله عنها عملت بخلافه زوجت بنت اخيها عبد الرحمن بن المنذر بن الزبير وذلك يدل على نسخه ولانه معارض بقوله صلى الله عليه وسلم الايم احق بنفسها من وليها والايم اسم لمرأة لازوج لها بكرا كانت اوثيبا هذا هو الصحيح عند اهل اللغة واذا كان الكتاب والسنة متعارضين ترك المصنف رحمه الله الاستدلال بهما للجانبين وصار الى المعقول وهو مروي عن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم وقوله انما يطالب الولي بالتزويج جواب عما يقال اذا تصرفت في خالص حقها فلِمَ امر الولي بالتزويج اذا طالبته واي حاجة لها الى طلب التصرف من الولي في خالص حقها ووجهه انها بمباشرة هذا التصرف تنسب الى الوقاحة فجعل التصرف من الولي في خالص حقها واجبا عليه صيانة لها عن النسبة اليها وقوله ولكن للولي الاعتراض في غير الكفوء يعني اذا لم تلد من الزوج واما اذا ولدت فليس للاولياء حق الفسخ كيلا يضيع الولد عمن يربيه قال في النهاية ولكن في مبسوط شيخ الاسلام واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفوء فعلم الولي بذلك فسكت حتى ولدت اولادا ثم بدأ له ان يخاصم في ذلك فله ان يفرق بينهما لان السكوت انما جعل رضى في حق النكاح في حق البكر نصا بخلاف القياس قال كذا كان مكتوبا بخط شيخي وقوله وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه لا يجوز في غير الكفوء يعني لدفع ضرر العار عن الاولياء قال شمس الائمة رحمه الله وهذا اقرب الى الاحتياط فليس كل ولي يحسن المرافعة الى القاضي ولاكل

قاضٍ يعدل وهو معنى قوله لانه كم من واقع لايرفع ويروى رجوع محمد رحمه الله الى قولهما يعني لاينعقد نكاحها عنده ايضا بلا ولي ولا يوقف على الاجازة **قوله** ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح اجبار البكر البالغة على النكاح لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وهو مذهب ابن ابي ليلى * له ان الصغيرة اذا كانت بكرا تزوج كرها فكذا البالغة والجامع بينهما الجهالة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا اي ولكونها جاهلة بامر النكاح يقبض الاب صداقها بغير امرها * ولنا انها حرة مخاطبة لان الكلام في الحرة البالغة وكل من كانت كذلك لا يكون للغير عليها ولاية وقوله والولاية على الصغيرة جواب عن قياسه على الصغيرة بالمفارق وذلك لان الولاية على الصغيرة انما كانت لقصور عقلها وفيما نحن فيه ليس بموجود لانه قد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار الاجبار عليها كالاجبار على الغلام فان كان صغيرا جاز لقصور العقل وان كان بالغا لا يجوز فصار كالتصرف في المال اي في مال البكر البالغة فانه لا يجوز للاب التصرف فيه وقوله وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة جواب عن قوله ولهذا يقبض الاب صداقها ووجه ذلك ان الظاهر ان البكر تستحيي عن قبض صداقها وان الاب هو الذي يقبض ذلك لتجهيزها بذلك مع مال نفسه ليبعثها بهما الى بيت زوجها فكان ذلك اذنا دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها لان الدلالة تبطل بصريح يخالفها وقوله واذا استأذنها الولي ظاهر وقوله وان فعل هذا يعني الاستيمار والاستيذان فاستأذن غير ولي وهو الاجانب او قريب ليس بولي بان كان كافرا او عبدا او مكاتبا او ولي غيره اولى منه كاستيذان الاخ مع وجود الاب لا يكون رضى حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضاء وقوله ولو وقع اي السكوت دليلا فهو دليل محتمل يحتمل الاذن والرد والاكتفاء بمثله في الدلالة للحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء لانه فضولي او في حق ولي غيره احق لعدم الالتفات الى كلامه بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول

رسول الولي لانه قائم مقامه قوله وتعتبر في الاستيمار تسمية يعني اذا استأمر فلا بدّ ان يسمى الزوج على وجه تعرفه اما اذا ابهم وقال اني ازوجك فسكتت لا يكون السكوت رضى ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح قوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال من المتأخرين لا بدّ من تسمية المهر في الاستيمار لان رغبتها تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة ووجه الصحيح ما ذكره لان النكاح يصح بدونه فلا يحتاج الى ذكره ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا من كونه رضى وكان محمد بن مقاتل رح يقول اذا استأمرها قبل العقد فسكتت فهو رضى منها بالنص فاما اذا بلغها العقد فسكتت فلا يتمّ العقد لان الحاجة ههنا الى الاجازة والسكوت لا يكون اجازة لان هذا ليس في معنى المنصوص عليه فان السكوت عند الاستيمار لا يكون ملزما لتمكنها ان ترجع قبل العقد وحين بلغها الخبر يكون ملزما فلا يمكنها الرجوع فلا يلزم النكاح بمجرد السكوت لكنّا نقول هذا في معنى المنصوص لان لها عند الاستيمار جوابين لا ونعم فيكون سكوتها دليلا على الجواب الّذي يحول الحياء بينها وبينه وهو نعم لما فيه من اظهار الرغبة في الرجال وهو موجود فيما اذا بلغها العقد وهو معنى قوله لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف وقوله ثم المخبر ان كان فضوليا اعلم ان محل الخبر اذا كان من حقوق العباد فهو على ثلثة اقسام ما فيه الزام محض كالبيوع والاشرية والاملاك المرسلة ونحوها وما ليس فيه الزام اصلا كالوكالات والمضاربات والرسالة في الهدايا والاذن في التجارات وما اشبه ذلك وما فيه الزام من وجه دون وجه كالتي نحن فيها واخواتها كعزل الوكيل وحجر المأذون واخبار المولى بجناية عبده ونحوها والاول يشترط فيه العقل والعدالة والضبط والاسلام والحرية مع العدد ولفظ الشهادة والثاني يشترط فيه التمييز دون العدالة والثالث ان كان المبلغ رسولا او وكيلا لم تشترط فيه العدالة لانه قائم مقام غيره فلو اخبر الغير بنسبه لم تشترط فيه العدالة فكذا ههنا بالاتفاق وان كان فضوليا يشترط فيه احد شطري الشهادة اما العدد او العدالة

عند ابي حنيفه رحمه الله وعندهما هو نظير القسم الثاني في اشتراط ان يكون المخبر مميزا
سواء كان عدلا اولم يكن وموضع ذلك اصول الفقه ولو استأذن الثيب فلابد من رضاها
بالقول لقوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور ووجه الاستدلال ان المشاورة من باب
المفاعلة وهو يقتضي القول من الجانبين وقد وجد النطق من الولي بالسؤال فلا بد من
النطق منها في الجواب وقيل المشاورة عبارة عن طلب الرأي بالاشارة الى الصواب
وذلك لا يكون الا بالنطق ولان النطق في النكاح من الثيب لا يعد عيبا واذا لم يعد عيبا
لم يكن بمعنى النطق في البكر لانه يعد منها عيبا واذا لم يكن في معناه لا يلحق به ولان
السكوت صار رضى لتوفر الحياء فان عايشة رضي الله عنها لما اخبرت ان البكر تستحيي
قال صلى الله عليه وسلم سكوتها رضاها والحياء في الثيب غير متوفر لقلته بالممارسة فلا مانع
من النطق في حقها * واذا زالت البكارة بوثبة وهو الوثوب من فوق او حيضة او جراحة او
تعنيس عنست الجارية بمعنى عنست عنوسا اذا جاوزت وقت التزويج فلم تتزوج فهي في
حكم الابكار في كون اذنها سكوتها لانها بكر اذ البكر هي من يكون مصيبها اول مصيب
وهذه كذلك مشتق من الباكورة وهي اول الثمار ومن البكرة وهي اول النهار وورد بانه
لو كان كذلك لما تمكن من الرد من اشترى جارية على انها بكر فوجدها زائلة البكارة
بالوثبة لانها بكر حقيقة على ما قلتم لكن له ان يردها واجيب بان الرد باعتبار فوت وصف
مرغوب فيه وهو العذرة لا لكونها غير بكر * ولان النطق سقط للحياء وهو موجود ههنا لانها تستحيي
لعدم الممارسة * ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد
والشافعي رحمهم الله لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة اذ الثيب من يكون مصيبها عائدا
اليها مشتق من المثوبة وهي الثواب وانما سمي بها لانها رجوع اليها في العاقبة او من المثابة
وهو الموضع الذي يثاب اي يرجع اليه مرة بعد اخرى او من التثويب وهو الدعاء مرة بعد
اخرى واذا كانت ثيبا فلا يكتفى بسكوتها ولابي حنيفة رحمه الله ان الناس عرفوها بكرا

بكرا وتقريره ان الشرع جعل السكوت رضى بعلة الحياء على ما روينا من حديث عايشة رضي الله عنها واذا وجدت العلة يترتب الحكم عليها وههنا قد وجدت لما بينه بقوله ان الناس عرفوها بكرا فيعيبونها وفي بعض النسخ فيعيرونها بالنطق فتستحيي فتمتنع عن النطق فكانت العلة موجودة فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها واذا ظهر هذا سقط ما قيل هذا تعليل في مقابلة النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور وهو باطل لان هذا عمل بعلة منصوص عليها لا تعليل في مقابلته فان قيل لا نسلم ان هذا عمل بعلة منصوص عليها لان المنصوص عليها حياء يكون من كرم الطبيعة وذلك امر محمود وهذا الحياء حياء معصية فليس من افراده حتى يدخل تحت النص اجيب بان هذا الحياء اشد لان في الاستنطاق باعتبار انها ثيب ظهور فاحشتها فكان كالضرب من التأفيف فيلحق به وقوله بخلاف ما اذا وطئت بشبهة متصل بقوله فيكتفى بسكوتها يعني ان من وطئت بشبهة اوبنكاح فاسد لا يكون اذنها بسكوتها لعدم الحياء ثم لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما من لزوم العدة والمهر واثبات النسب اما الزنا فقدندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها باقامة الحد عليها او بصيرورته عادة لا يكتفى بسكوتها فان قيل يجب ان يكتفى بسكوتها في هاتين الصورتين ايضا لانها داخلة تحت اسم البكر في لسان الشرع وهو قوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة اجيب بان هذا قول بعض المشائخ رحمهم الله وهو ضعيف فان في الموطوءة بالشبهة والنكاح الفاسد هذا موجود ايضا ولا يكتفى بسكوتها بالاجماع فعرفنا ان المعتبر بقاء صفة الحياء قوله لان السكوت اصل والرد عارض بناءً على ان السكوت عدم الكلام ولاشك في تقدمه على عروض الكلام فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة فانه لا يعتبر قوله بل القول قول من يدعي لزوم العقد بالسكوت بالاجماع لان السكوت اصل والرد عارض فكان القول قول من يدعي السكوت **قوله** ونحن نقول ظاهر وحاصله انا نعتبر الانكار المعنوي وزفر رحمه الله يعتبر الانكار الصوري وقوله بخلاف جواب عن قياس زفر رحمه الله ووجهه انا نجعل القول

لمن يشهد له الظاهر واللزوم قد ظهر بمضي المدة ولهذا كان القول للساكت وان اقام الزوج البينة على السكوت ثبت النكاح فان قيل هذه شهادة قامت على النفي لما ذكرتم ان السكوت عدم الكلام والشهادة على النفي غير مقبولة اجيب بانها مقبولة اذا كان علم الشاهد محيطا به كما اذا ادعت المرأة على زوجها انه قال المسيح بن الله ولم يقل قول النصارى وقال الرجل بل قلته فاقامت بينة انه لم يقله تقبل ويفرق بينهما لان هذا مما يحيط به علم الشاهد لما انه لو قاله لسمعه الشهود * وان اقاما البينة قال الامام التمرتاشي بينتها اولى لانها تثبت الرد وهو يثبت عدما وهو السكوت حتى لو اقامها على انها اجازت او رضيت حين علمت حتى استويا في الاثبات ترجحت بينته لاثباته اللزوم وان لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وسيأتيك في الدعوى ان شاء الله تعالى **قوله** ويجوز نكاح الصغير والصغيرة يجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة على ترتيب العصبات في الارث وقال مالك رحمه الله وليهما الاب ليس الا حتى لو زوجهما الجد عند عدم الاب لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله وليهما الاب والجد لا غير اذا كانت الصغيرة بكرا فان كانت ثيبا لا ولاية عليها حتى لو زوجها الاخ او العم او زوج ابنت الصغيرة الاب او الجد كرها لا ينعقد النكاح ووجه قول مالك رحمه الله ان الولاية على الحرة مع قيام المنافي باعتبار الحاجة ولا حاجة في الصغير والصغيرة فلا ولاية عليهما غير ان ولاية الاب تثبت نصا على خلاف القياس فان ابا بكر رضي الله عنه زوج عايشة رضي الله عنها من النبي صلى الله عليه وسلم وهي بنت ست سنين وصحح النبي صلى الله عليه وسلم ذلك فلا يقاس عليه غيره وهو الجد فلا يلحق به دلالة لانه ليس في معناه لان الولد جزء للاب فكانت الولاية للاب عليه كالولاية على نفسه والجزئية قد ضعفت بالجد والشفقة قد نقصت فلا يكون في معناه قلنا لا نسلم ان الولاية على الجزء على خلاف القياس بل هو موافق له لان النكاح يتضمن المصالح من التناسل

من التناسل والسكن والازدواج وقضاء الشهوة ولا تتوفر الا بين المتكافيين عادة ولا يتفق الكفوء في كل وقت فاثبتنا الولاية في حالة الصغر احرازا للكفوء لكل من يتأتى منه الاحراز اباكان اوغيره ووجه قول الشافعي رحمه الله ان الولاية للنظر والنظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا اي ولقصور شفقته لايملك التصرف فى المال مع انه ادنى رتبة لكونه وقاية للنفس فلان لا يملك التصرف فى النفس وانه اعلى كان اولى * ولنا ان الولاية للنظر وهو موجود في كل قريب لان القرابة داعية اليه كما فى الاب والجد فان النظر فيهما لم يثبت الا من القرابة غاية ما في الباب انه متفاوت كمالا وقصورا لقرب القرابة وبعدها لكن ما فى البعيدة من القصور ممكن التدارك فاظهرناه في سلب ولاية الالزام فجعلنا لهما خيار البلوغ فاذا بلغا ووجدا الامر على ما ينبغي مضيا على النكاح وان وجدا قد اوقع خللا لقصور الشفقة والنظر فسخا النكاح بخلاف التصرف فى المال لان الخلل الواقع بسبب القصور غير ممكن التدارك لانه يتكرر بتداول الايدي بان يبيع الولي ثم يبيع المشتري من آخر ثم وثم وقد يغيب بعضهم ولا يمكن توقيف ذلك كله الى وقت البلوغ فلا تفيد الولاية الا ملزمة ولا الزام مع القصور بخلاف المتناكحين فانهما ثابتان من غير تكرار غالبا فكان التدارك بالتوقيف ممكنا وقوله وجه قوله اي قول الشافعي رحمه الله فى المسئلة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الرأي وتقريره ان الرأي امر باطن والثيابة سبب لحدوثه لوجود الممارسة فيقام مقامه ويدار الحكم عليه تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة يعني ان المقتضي للولاية النظرية وهو الحاجة قد تحقق للصغر والمانع وهو قصور الشفقة قد انتفى لان الشفقة فى الاب والجد متوافرة واذا وجد المقتضي وانتفى المانع يجب تحقق الحكم ولانسلم حصول الرأي للصغيرة بسبب الممارسة لان الرأي والعلم بلذة الجماع انما يحدث عن مباشرة بشهوة ولا شهوة لها واذا لم يكن الثيابة سببا لحدوث الرأي لا يصلح مدارا واما الصغر فانه سبب للحاجة للعجز عن التصرف بنفسه فجاز ان يكون

مدارا فكلما يثبت الصغر تثبت الولاية ثم الذي يؤيد كلا منا فيما تقدم يعني من اطلاق الولي في قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي قوله صلى الله عليه وسلم النكاح الى العصبات من غير فصل وقوله والترتيب في العصبات ظاهر وقوله اعتبارا بالاب والجد بجامع داعية القرابة ولهما ان قرابة الاخ ناقصة خصص الاخ ليعلم به حكم سائر الاولياء بالطريق الاولى لانه اقرب الاولياء بعد الجد وقوله فيتطرق الخلل الى المقاصد يعني ان ما وراء الكفاءة والمهر مقاصد اخرى في النكاح من سوء الخلق وحسنه ولطافة العشرة وغلظها وكرم الصحبة ولومها وتوسيع النفقة وتقصيرها وهذه المقاصد اهمّ من الكفاءة ولا يوقف عليها الّا بجد بليغ ونظر صائب فلنقصان قرابته وقصور شفقته ربما لا يحسن النظر فيتوهم الخلل فيها فيتدارك بخيار الادراك وقوله واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول الام والقاضي يعني في اثبات الخيار عند البلوغ واراد بالاطلاق قوله فان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار وقوله وهو الصحيح احتراز عما روى خالد بن صبيح عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يثبت الخيار لليتيمة اذا زوجها القاضي لان له الولاية في المال والنفس فكان في قوة ولاية الاب والجد ووجه الصحيح ماذكره في الكتاب بقوله لقصور الرأي في احدهما يعني الام ونقصان الشفقة في الآخر يعني القاضي ألا يرى ان ولاية القاضي متأخرة عن ولاية الاخ والعم واذا ثبت لهما الخيار في تزويجهما ففي تزويج القاضي اولى **قوله** ويشترط فيه اي في فسخ النكاح بخيار البلوغ القضاء لان الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل بسبب قصور شفقة المزوّج ولهذا اي ولتمكن الخلل يشمل الفسخ الذكر والانثى لان قصور الشفقة كما هو في حق الجارية ممكن كذلك في حق الغلام واذا كان الضرر خفيا لا يطّلع عليه لان فرض المسئلة فيما اذا كان الزوج كفؤا والمهر تاما فربما ينكره الزوج فيحتاج الى القضاء للالزام واما خيار العتق فلدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها فان الزوج قبل عتقها كان يملك عليها

عليها تطليقتين ويملك مراجعتها في قرئين ثم ازداد ذلك بالعتق وهوامرجلي ليس للانكار فيه مجال حتى يحتاج الى الالزام لكن لها ان تدفع ذلك عن نفسها وذلك مع بقاء اصل النكاح غير ممكن لانه بعد العتق يستلزمها ووجود الملزوم بدون وجود اللازم محال فكان لها ان تدفع اصل الملك في ضمن مالها من دفع الزيادة واعترض بان دفعها ماعليها من الزيادة يبطل ما كان ثابتامن حق الزوج المستتبع للزيادة وفي ذلك جعل التابع متبوعا وهوعكس المعقول ونقض الاصول واجيب بان هذا ليس بجعل التابع متبوعاوانماهومن باب الزام الضرر المرضي فان الزوج حين تزوج الامة عالمابخيارالعتق التزم الضررالذي يحصل به والضرر المرضي غيرضائربخلاف الامة فانهالم ترض بمايزيد عليهامن الملك عندالعتق لعدم اختيارها في النكاح فلم يكن ضررها بىرضي فكان ضائرافاذااجتمع الضرر الضائر وغير الضائر يدفع الضائر دون غيره وقوله ثم عندهما اي عندابي حنيفة ومحمد رحمهماالله خصهمابالذكرلان مذهب ابي يوسف رحمه الله لا يرد ههنا لانه لايرى خيارالبلوغ وان كان المزوج غيرالاب والجد وحاصل ماذكره ههنا امورتتع بهاالفرق بين خيارالبلوغ والعتق وذلك خمسة الاول ان خيارالبلوغ في الفرقة يحتاج الى القضاء دون خيارالعتق والثاني ان خيارالبلوغ يثبت للغلام والجارية وخيار العتق يثبت للجارية وقد ذكرناهماوالثالث ان الصغيرة اذا بلغت وقد علمت بالنكاح فسكتت بطل خيارها سواء كانت عالمة بان لها الخيارا ولم تكن اما اذا كانت عالمة فظاهر واما اذا لم تكن عالمة فلانهالم تعذر بالجهل بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دارالعلم بخلاف مااذا لم تكن عالمة بالنكاح فسكتت فانها على خيارها لانهالا تتمكن من التصرف الابه والولي ينفرد بالنكاح فكانت معذورة في الجهل واما المعتقة فانها معذورة في الجهل سواء كانت جاهلة بالعتق اوبثبوت الخيارلها اماالاول فلان المولى يتفرد به واماالثاني فلان الامة لاشتغالها بالخدمة لاتتفرغ لمعرفة احكام الشرع فكانت معذورة وقوله

ثم خيار البكر تفريع على خيار البلوغ الشامل للذكر والانثى وتقريره ان من له خيار البلوغ اذا كان غلاما فبلغ لم يبطل خياره ما لم يقل رضيت او يجيئ منه بالجزم ما يعلم انه رضى وان كان جارية وقد دخل بها الزوج قبل البلوغ فكذلك وان كانت بكرا يبطل خيارها بالسكوت اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح فان الصغيرة البكر اذا ادركت واستؤمرت للنكاح فسكتت عند ابتداء العقد كان سكوتها رضىً فيبطل خيارها والغلام والجارية الثيّب اذا استؤمرا عند ابتداء عقد النكاح لم يكن سكوتهما رضىً بل لا بدّ من الرضاء صريحا او دلالة فكذلك عند خيار البلوغ لم يكن السكوت منهما رضى بل لا بدّ من ذلك وقوله وخيار البلوغ تفريع آخر على خيار البلوغ ويتضمن الوجه الرابع والخامس من الفرق بين خيار البلوغ وخيار العتق وتقريره ان خيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس يعني مجلس بلوغها بان رأت الدم وقد كان بلغها خبر النكاح فسكتت او مجلس بلوغ الخبر بالنكاح فسكتت بل يبطل بمجرد السكوت في الوجهين جميعا واما خيار الثيب والغلام فلا يبطل بالقيام عن المجلس بل يمتد الى ما وراء المجلس وقوله لانه ما ثبت دليل عدم البطلان في حق الثيّب خاصة وتقريره ان خيار بلوغها لم يثبت باثبات الزوج وهو ظاهر وما لم يثبت باثبات الزوج لا يقتصر على المجلس فان التفويض هو المقتصر على المجلس كما سيجيئ وقوله بل لتوهم الخلل دليل يشمل البكر والغلام وتقريره خيار البلوغ يثبت لعدم الرضاء لتوهم الخلل وما ثبت لعدم الرضاء يبطل بالرضاء لوجود منافيه فان الشيئ لا يثبت مع منافيه غير ان سكوت البكر رضىً دون سكوت الغلام فيبطل خيارها بمجرد السكوت ويمتد خياره الى ما وراء المجلس فانظر الى هذا الادراج في ضمن الايجاز الذي هو قريب الى حد الاعجاز جزاه الله عن المحصلين خيرا وقوله بخلاف خيار العتق للفرق بينه وبين خيار البلوغ وهو الوجه الرابع وتقريره خيار العتق يثبت باثبات غيره وهو المولى لانه لو لم يعتق لما ثبت له الخيار وكل خيار يثبت باثبات غيره اقتصر على المجلس كما في خيار المخيرة فيكون

المخيرة فيكون القيام دليل الاعراض وبيان تضمن هذا الوجه للوجه الخامس انه اشار الى ذلك بقوله غيران سكوت البكر رضىً يعني والرضاء يسقط خيار البلوغ وخيار الاعتاق انما يعتبر فيه المجلس ويبطل بالاعراض والسكوت ليس باعراض وهو خفي جدا وقوله ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق يعني سواء كان قبل الدخول اوبعده لانه يصح من الانثى ولاطلاق اليها والفائدة تظهر في شيئين احدهما انها لو وقعت قبل الدخول لم يجب نصف المسمى ولوكان طلاقا لوجب والثاني انهما لوتناكحا بعد الفرقة ملك الزوج ثلث تطليقات وكذا بخيار العتق لما بينا انه يصح من الانثى وقوله بخلاف خيار المخيرة ظاهر الى آخر المسئلة **قوله** ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة فمن لا ولاية له على نفسه فاولى ان لا يكون له ولاية على غيره ولان هذه الولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلآء اما الى الصبي والمجنون فللعجز عن تحصيل الكفؤ واما الى العبد فكذلك لاشتغاله بخدمة المولى ولا ولاية لكافر على مسلمة يعنى الولاية الشرعية ولامعتبر بالحسية منها وقوله ولغير العصبات من الاقارب يعني كالاخوال والخالات والعمات ولاية التزويج عند عدم العصبات اىّ عصبة كانت سواء كانت عصبة يحل النكاح بينه وبين المرأة كابن العم اولم يحل كالعم ومولى العتاقة عصبة من العصبات ثم عند ابي حنيفة رحمه الله بعد العصبات الامّ ثم ذوالارحام الاقرب فالاقرب البنت ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت الابن ثم بنت بنت البنت ثم الاخت لاب وام ثم الاخت لاب ثم الاخ والاخت لام ثم اولادهم ثم العمات والاخوال والخالات واولادهم على هذا الترتيب ثم مولى الموالات ثم السلطان ثم القاضي ومن نصبه القاضي اذا شرط تزويج الصغائر في عهدة منشوره اما اذا لم يشترط فلا ولاية له وقال محمد رحمه الله لا ولاية لغير العصبات وقول ابي يوسف رحمه الله في ذلك مضطرب ذكره مع ابي حنيفة رحمه الله في كتاب النكاح ومع محمد رحمه الله

في كتاب الولاء وقوله لهما ما روينا يريد به قوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات عرف الانكاح باللام في غير معهود فكان معناه هذا الجنس مفوض الى هذا الجنس فلا يكون لغيره فيه مدخل ولان الولاية لصيانة القرابة عن غير الكفؤ والصيانة الى العصبات ولابي حنيفة رحمه الله ان هذه الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة فان قلت هذا تعليل في مقابلة النص وهو لا يجوز اجيب بوجهين احدهما ان معنى قوله الانكاح الى العصبات اذا وجدت العصبات والثاني ان الولاية تثبت لغيرهم بطريق الدلالة باعتبار الشفقة وكمال الرأي * والقول بتوريث ذوي الارحام مع القول بعدم ولاية الانكاح غير مستحسن لاطلاق قوله تعالى وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ ولكون التوريث مبنيا على الولاية وقوله واذا عدم الاولياء يعني على الوجه المذكور فالولاية الى الامام والحاكم لقوله صلى الله عليه وسلم السلطان ولي من لا ولي له واما الحاكم وهو القاضي فانما يملك الانكاح اذا كان ذلك في عهدة منشوره كذا في فتاوى قاضيخان وقوله فاذا غاب الولي الاقرب يعني الاب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه كالجد ان يزوج وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك وقال الشافعي رحمه الله يزوج السلطان لزفر رحمه الله ان ولاية الاقرب قائمة لانها تثبت حقا له صيانة للقرابة عن نسبة غير الكفؤ اليها والحق القائم لشخص لا يبطل بالغيبة ولهذا لو زوجها حيث هو جاز بالاتفاق واذا كانت الولاية للاقرب في غيبته قائمة لا يكون للابعد ولاية ولنا ان هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه وكلتا المقدمتين ظاهرة ففوضناه الى النظر الى الابعد وقوله وهو مقدم على السلطان اشارة الى جواب الشافعي رحمه الله كما اذا مات الاقرب فان الولاية لم تنتقل الى السلطان بموت الاقرب فكذا بغيبته وقوله ولو زوجها حيث هو فيه جواب عن قول زفر رحمه الله ولهذا لو زوجها حيث هو جاز بالمنع يعني لا نسلم جوازه وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة

القرابة وقرب التدبير والاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ فلا يرد يعني اذا حضر الاقرب وقد زوج الابعد لا يرد النكاح ثم فسر الغيبة المنقطعة وهو ظاهر وقوله وهو اختيار بعض المتأخرين منهم القاضي الامام علي السغدي والقاضي الامام ابو علي النسفي وهو قول محمد بن مقاتل الرازي وسفيان الثوري وابي عصمة وسعد بن معاذ المروزي وقوله لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ يعني لعدم الانتفاع به وعن هذا قال الامام قاضيخان في الجامع الصغير حتى لو كان مختفيا في البلد لا يوقف عليه تكون غيبة منقطعة وقوله لانه اوفر شفقة من الابن بدليل ان ولاية الاب تعم النفس والمال والابن ليس له الولاية في المال ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة الا يرى ان الاب معه يستحق السدس بالفرضية فقط وقوله ولا معتبر بزيادة الشفقة جواب عن محمد رحمه الله *

فصل في الكفاءة

لما كانت الكفاءة معتبرة على ما تقدم ان عدمها يمنع الجواز ويمكّن الاولياء من الفسخ احتاج الى ان يذكرها في فصل على حدة والكفاءة بالفتح مصدر والاسم منه الكفؤ وهو النظير من كافاه اذا ساواه فهي معتبرة في النكاح قال صلى الله عليه وسلم الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء رواه جابر رض ولان انتظام المصالح بين المتكافيين عادة والنكاح شرع لانتظامها ولا ينتظم بين غير المتكافيين لان الشريفة تابى ان تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها من جانبه بخلاف جانبها لانه مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفؤ فللاولياء ان يفرقوا بينهما دفعا للضرر العار عن انفسهم يعني ما لم تلد منه كما تقدم فان قيل الحديث يدل على عدم الجواز ففي القول بالجواز بدونها وحق الاعتراض مخالفة له قلت جاز ان يكون نهيا وهو يقتضي المشروعية عندنا ثم الكفاءة تعتبر في خمسة اشياء في النسب والحرية

والدين والمال والصنائع اما النسب فلانه يقع به التفاخر وكان سفيان الثوري رضي الله عنه
يقول لا تعتبر الكفاءة فيه لان الناس سواسية بالحديث قال صلى الله عليه وسلم الناس
سواسية كاسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي انما الفضل بالتقوى و قد تأيد ذلك
بقوله تعالى إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ولنا قوله صلى الله عليه وسلم قريش بعضهم
اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض
رجل برجل والمراد بالموالي الاعاجم لان العتقاء لما كانت غير عرب في الاكثر غلبت على
العجم حتى قالوا الموالي اكفاء بعضها لبعض رجل برجل والعرب اكفاء بعضها لبعض ولا يعتبر
التفاضل فيما بين قريش لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم قريش بعضهم اكفاء لبعض
قابل البعض بالبعض من غير اعتبار الفضيلة بين قبائلهم الا يرى ان النبي صلى الله عليه
وسلم زوج بنتيه عثمان رضي الله عنه وكان من بني عبد شمس وانما قال في الموالي رجل
برجل اشارة الى ان النسب لا يعتبر فيهم قيل لانهم ضيعوا انسابهم فلا يكون التفاخر فيهم
بالنسب بل بالدين كما اشار اليه سلمان رضي الله عنه حين افتخرت الصحابة رضي الله
عنهم بالانساب وانتهى الامر اليه ابي الاسلام لا اب لي سواه وقوله وعن محمد رحمه الله
الا ان يكون يعني قال محمد رحمه الله لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش الا ان يكون
النسب نسبا مشهورا في الحرمة كاهل بيت الخلافة فحينئذ يعتبر التفاضل حتى لو تزوجت
قريشية من اولاد الخلفاء قريشا ليس من اولادهم كان للاولياء حق الاعتراض
قال المصنف رحمه الله كأنه يعني محمدا رحمه الله قال ذلك تعظيما للخلافة وتسكينا
للفتنة لا لانعدام اصل الكفاءة وقوله وبنو باهلة باهلة قبيلة من قيس ابن غيلان وهي
في الاصل اسم امرأة من همدان كانت تحت معد بن اعصر بن سعيد بن قيس بن
غيلان فنسب ولدها اليها والعرب هم الذين استوطنوا المدن والقرى الواحد عربي
والاعرابي واحد الاعراب وهم اهل البدو وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم

لانهم معروفون بالخساسة لانهم كانوا يأكلون بقية الطعام مرة ثانية ولانهم كانوا يطبخون عظام الميتة ويأخذون الدسومات منها قال قائلهم (شعر) فلاينفع الاصل من هاشم * اذا كانت النفس من باهلة * وقوله واما الموالي ظاهر وقوله كما هو مذهبه في التعريف اي في تعريف الشخص في الشهادة فان الشهود اذا ذكروا اسم الغائب واسم ابيه يحصل به التعريف عند ابي يوسف رحمه الله ولاحاجة الى ذكر الجد وعندهما لابد من ذكر الجد وقوله ومن اسلم بنفسه لا يكون كفؤا لمن له اب واحد في الاسلام نقل في النهاية عن الامام المحبوبي ان هذا في الموالي واما في العرب فان من لا اب له في الاسلام من العرب وهو مسلم فهو كفؤ لمن له آباء في الاسلام لان العرب يتفاخرون بالنسب فيعدون النسيب كفؤ النسيب آخر اذا كانا مسلمين واما العجم فقد ضيّعوا انسابهم ومفاخرتهم بالاسلام فمن كان له اب في الاسلام يفتخر على من لا اب له فيه ولايعده كفؤا له والكفاءة في الحرية نظيرها اي نظير الكفاءة في الاسلام في جميع ماذكرنا من الوفاق والخلاف فان العبد لايكون كفؤا لمن هي حرة الاصل وكذلك المعتق لا يكون كفؤا لها والمعتق ابوه لا يكون كفؤا لمن لها ابوان في الحرية لان الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة بسببه وروي عن ابي يوسف رحمه الله ان الذي اسلم بنفسه او عتق اذا احرز من الفضائل مايقابل نسب الآخر كان كفؤا له **قوله** وتعتبر ايضا في الدين اي في الديانة وتعتبر ايضا الكفاءة في الدين وهي التقوى والحسب والصلاح وهو مكارم الاخلاق وانما فسر الدين بالديانة لان مطلق الدين الاسلام ولا كلام فيه لان اسلام الزوج شرط جواز نكاح المسلمة انما الكلام في حق الاعتراض للاولياء بعد انعقاد العقد وذلك لايكون الا في الدين بمعنى الديانة وهذا اي اعتبار الكفاءة في الديانة قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لانه اي الدين بمعنى الديانة من اعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ماتعير بضيعة النسب فلما كان النسب معتبرا فيها كانت الديانة اولى بالاعتبار وقوله وابو يوسف رح

رحمه الله معه هو الصحيح اي قران قول ابي يوسف رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله حتى
تكون الكفاءة فى الدين قولهما جميعا هو الصحيح واحترز بذلك عن رواية اخرى
عن ابي يوسف رحمه الله انه لم يعتبر الكفاءة فى الدين حيث قال اذا كان الفاسق ذا مروة يكون
كفؤا قالوا في شرح الجامع الصغير اراد به اعوان السلطان اذا كانوا بحيث يكون لهم مهابة
عند الناس وقال محمد رحمه الله لا تعتبر الكفاءة في الديانة لانه من امور الآخرة فلا تبتني عليه
احكام الدنيا الا اذا كان يصفع اي يضرب على قفاه بعرض الكف ويسخر منه او يخرج
الى الاسواق سكران فيلعب به الصبيان فانه حينئذ لا يكون كفؤا لامرأة صالحة من اهل
البيوتات قيل وعليه الفتوى لانه مستخف به اي بذلك الصنع وتعتبر الكفاءة في المال
وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية عن علمائنا رحمهم الله حتى
ان من لا يملكهما او لا يملك احدهما لا يكون كفؤا اما المهر فلانه بدل البضع فلا بد من
ايفائه واما النفقة فلان قوام الازدواج ودوامه بها والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان
ما وراءه مؤجل عرفا ليس مطالب له فلا يسقط الكفاءة وقوله وعن ابي يوسف رحمه الله
هو غير ظاهر الرواية روى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف رحمه الله انه قال الكفؤ
هو الذي يقدر على المهر والنفقة قلت فان كان يملك المهر دون النفقة قال ليس بكفؤ
قلت فان ملك النفقة دون المهر قال يكون كفؤا قال الصدر الشهيد رحمه الله في تعليله لان
المهر يجري فيه التسهيل والتأجيل ويعد المرء قادرا على المهر بيسار ابيه وامه وجده وجدته ولا يعد
قادرا على النفقة بيسار الاب لان الآباء في العادات يتحملون المهور عن الاولاد دون النفقة
الدارة وقوله فاما الكفاءة فى الغنى فمعتبرة ظاهر وقوله وعن ابي حنيفة رحمه الله في ذلك
روايتان في رواية لا يعتبر وهو الظاهر حتى يكون البيطار كفؤ العطار وفي رواية قال الموالي
بعضهم اكفاء لبعض الا الحائك والحجام وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعتبر الا
ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ ووجه الروايتين على ما ذكره في الكتاب واضح **قوله** واذا

واذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها اذا تزوجت المراءة و نقصت من مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يتم لها مهر مثلها اويفارقها وقالا ليس لهم ذلك قال المصنف رحمه الله وهذا الوضع اي وضع القدوري هذه المسئلة على هذا الوجه انما يصح على قول محمد رحمه الله على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه فانه لولم يصح نكاحها بغير الولي لم يقل ليس لهم الاعتراض واقول هذا انما يستقيم ان لو تعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي وليس كذلك فانه لواذن لها الولي بالتزوج ولم يسم مهرا فعقدت على هذا الوجه صح وضع المسئلة على قول محمد رحمه الله الاول وكذلك لواكره السلطان امرأة و وليها على تزويجها بمهر قليل ففعل ثم زال الاكراه ورضيت المرأة دون الولي فليس له ذلك في قول محمد رحمه الله الاول فلم يكن في هذا الوضع دلالة على رجوع محمد رحمه الله الى قولهما والوجه من الجانبين على ماذكره في الكتاب واضح وقوله فاشبه الكفاءة يعني في تعيير الاولياء بكل واحد منهما واعترض بان الشرع قد ندبنا الى رخص الصداق دون ترك الكفاءة وكذلك النبي صلى الله عليه وسلم لم يضع بناته في غير الاكفاء و زوجهن بادنى الصداق فانه مازاد على اربع اواق ونش اي نصف اوقية ومهورهن كانت فوق مهور سائر النساء لان الزيادة بقدر الشرف ولم يزل الشرف كان بقريش فلا مشابهة بينهما والجواب ان وجه التشبيه ماذكرناه من تعيير الاولياء وهو وصف مؤثر في الباب واما ان لا يكون بين المشبّه والمشبّه به فرق بوجه من الوجوه فلم يشترطه احد من ذوي التحصيل وقوله بخلاف الابراء بعد التسمية جواب عن قولهما كما بعد تسميته وذلك لان الاولياء لا يشتغلون باستيفاء المهور عادة وربما يعدونه ضربا من اللوم في العادات وقوله واذا زوج الاب ابنته الصغيرة ظاهر وقوله ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد بيانه ان هذا الكلام وهو قوله وقالا لا يجوز الحط والزيادة الا بما

يتغابن الناس فيه بظاهره يدل على ان العقد صحيح والزيادة والنقصان لا يجوز لان المانع من قبل التسمية وفسادها لا يمنع صحة النكاح كما لو تركها اصلا اوتزوجها على خمرا وخنزير وهو قول بعض مشائخنا رحمهم الله وقال آخرون معناه ان نفس النكاح لا يجوز وهو مختار شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام والمصنف رحمهم الله لان الولاية مقيدة بشرط النظر ولا نظر فيما اذا حط عن مهرها او زاد على مهره فيكون العقد باطلا كما اذا باع الاب باقل من القيمة بغبن فاحش او اشترى باكثر منها بذلك ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولابي حنيفة رحمه الله ان الحكم يدار على دليل النظر تقريره النظر والضرر في هذا العقد باطنان لكن للنظر دليل يدل عليه وهو قرب القرابة الداعية اليه وهي موجودة ههنا فيترتب الحكم وهو جواز النكاح عليه وانما قلنا بان النظر والضرر في هذا العقد باطنان لان المقصود منه ليس حصول المال البتة بل فيه مقاصد تربو على المهر من الكمالات المطلوبة في الاختان والعرائس فيجوز ان يكون نظر الاب في الحط والزيادة الى ذلك ويجوز ان لا يكون فكان الضرر والنظر باطنين فادير الحكم على الدليل بخلاف البيع فان المالية هي المقصودة في التصرفات المالية فلم يكن في مقابلتها شيء يجبر به خلل الغبن الفاحش حتى يقع التردد بين النظر والضرر واما في غير الاب فالدليل الدال على النظر معدوم وقوله ومن زوج ابنته نظير تلك المسئلة في التزويج بضرر ظاهر وكلامه ظاهر *

فصل في الوكالة في النكاح وغيرها

لما كانت الوكالة نوعا من الولاية من حيث ان تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولي على المولى عليه ناسب ان يذكرها في باب الاولياء في فصل على حدة وقوله وغيرها يعني غير الوكالة كنكاح الفضولي وقوله ويجوز لابن العم صورته وتحرير المذاهب فيه ظاهر وقد جمع بين دليل زفر والشافعي رحمهما الله لاشتراكهما في معنى وهو ان الواحد

الواحد لايكون مملكا ومتملكا لشيء واحد في زمان واحد واستثنى الشافعي رحمه الله الولي لان مذهبه فيه كمذهب علمائنا الثلثة رحمهم الله وبناه على الضرورة ولنا ان الوكيل في النكاح سفير ومعبر وكل من هو كذلك لايمتنع ان يكون مملكا ومتملكا لانه لاتمانع في التعبير بان يقول تزوجت بنت عمي فلانة على صداق كذا وانما التمانع في الحقوق كالتسليم والتسلم والايفاء والاستيفاء وهي لاترجع اليه لانه سفير لامباشر بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين اي الايجاب والقبول لان الواحد لما قام مقام الاثنين قامت عبارته الواحدة ايضا مقام عبارتين فلايحتاج الى القبول وقوله وتزويج العبد والامة ظاهر وقوله وله مجيز اي قابل يقبل الايجاب سواء كان فضوليا آخر او وكيلا او اصيلا وقوله لان العقد وضع لحكمه بناءً على ان المقاصد الاصلية هي الحكم والاسباب والعلل وسائل اليه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم والا لجاز للناس تمليك اموال الناس للناس وفيه من الفساد ما لايخفى واذ لم يكن قادرا كان كلامه لغوا * ولنا ان ركن التصرف وهو قوله زوجت وتزوجت صدر من اهله وهو الحر العاقل البالغ مضافا الى محله وهي الانثى من بنات آدم عليه السلام وليست من المحرمات ولاضرر في انعقاده لكنه غير لازم موقوفا على الاجازة فينعقد موقوفا فان رأى فيه مصلحة نفذه والا ابطله وقوله وقد يتراخى حكم العقد جواب عن قوله لان العقد وضع لحكمه وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ذلك لكن الحكم ههنا لم يعدم بل تأخر الى الاجازة والحكم قد يتراخى عن العقد كما في البيع بشرط الخيار فان لزومه متراخ الى سقوط الخيار وقوله من قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة ظاهر والفرق بين المسئلتين ان الاولى لامجيز لها فلايتوقف والثانية لها مجيز فيتوقف لما تقدم ان شرط التوقف وجود المجيز وقوله وهذا اي مجموع ماذكر قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا زوجت نفسها فبلغه يعني بغير مجيز فاجازه جاز وقوله وحاصل ذلك قال الامام المحبوبي ههنا

ستّ مسائل ثلث منها تقف على الاجازة بلا خلاف احدها ان الفضولي اذا قال زوجت فلانة من فلان وقبل منه فضولي آخر او قال الرجل تزوجت فلانة وهي غائبة فاجابه فضولي او قال زوّجتها منك او قالت المرأة زوجت نفسي من فلان الغائب وقبل عن فلان فضولي توقف العقد على الاجازة في هذه الفصول الثلثة بالاتفاق لانه عقد جرى بين اثنين فيكون تاما موقوفا على الاجازة وفي ثلث منها اختلاف احدها ما ذكرا ولا وهو قوله ومن قال اشهد واني قد تزوجت فلانة والثانية ان تقول المرأة زوجت نفسي من فلان وفلان غائب ولم يقبل عنه آخر والثالثة ان يقول الفضولي زوجت فلانة من فلان وهما غائبان ولم يقبل احد فعلى قولهما لا يتوقف العقد على اجازة الغائب وهو قول ابي يوسف رحمه الله اوّلا وعلى قوله آخرا يتوقف هو يقول في الفضولي من الجانبين لو كان مامورا من الجانبين نفذ فاذا كان فضوليا يتوقف لان كلام الواحد عقد تام في النكاح باعتبار الاذن ابتداءً فكذا باعتبار الاجازة انتهاءً لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كما في الخلع والطلاق والاعتاق على مال فان الزوج اذا قال خالعت امرأتي على كذا وهي غائبة فبلغها الخبر فقبلت في مجلس علمها جاز بالاتفاق وكذلك الطلاق والاعتاق على مال والجامع احتياج الكل الى الايجاب والقبول ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة حتى ملك الرجوع قبل قبول الآخر وبطل بالقيام قبل قبول الآخر ولو كان عقدا تاما لم يكن كذلك فكذا عند الغيبة لان الدال على ذلك المعنى هو الصيغة وهي لم تختلف وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المأمور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين فيصير ككلامين وما جرى بين الفضوليين عقد تام لوجود الايجاب والقبول فيتوقف وكذا الخلع واختاه اي الطلاق على مال والاعتاق عليه لانه تصرف يمين من جانبه ولهذا كان لازما لا يقبل الرجوع واليمين تتم بالحالف فكان عقدا تاما وانما قال من جانبه لان الخلع من جانبها معاوضة على ما سيجيء وقوله

وقوله ومن امر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه اثنتين لا يخلوا اما ان يكون التوكيل بامرأة معينة اوغيرها والثاني مسئلة الكتاب وهو على ماذكره واضح وكان ابويوسف رحمه الله يقول اولا يصح نكاح احديهما بغير عينها والبيان الى الزوج لان المأمور ممتثل امره في احديهما ولا يبعد ان تكون احديهما بغير عينها منكوحة كما لوطلق احدى امرأتيه ثلثا بغير عينها قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله وهذا ضعيف لانه ليس كالطلاق لاحتماله التعليق بالشرط دون النكاح ومالا يحتمل التعليق بالشرط لا يثبت في المجهول لانه تعليق بالبيان بخلاف الطلاق وفي الاول وهو ان امره ان يزوجه فلانة فزوجها واخرى معها في عقد واحد جاز نكاح فلانة للامر به وتوقف نكاح الاخرى على الاجازة لانه فضولي فيها وقوله ومن امره امير قيده بالامير وحكم غيره كذلك قال الامام المحبوبي رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا لم يكن اميرا فزوجه الوكيل امة اوحرة عمياء اومقطوعة اليدين اورتقاء اومفلوجة اومجنونة اما اتفاقا واما ما قيل قيده بذلك ليظهر الكفاءة فانها من جانب النساء للرجال مستحسنة في الوكالة عندهما وقيد بقوله لغيره لانه لو زوجه امة نفسه لا يجوز بالاتفاق لمكان التهمة واشار اليه في الدليل بقوله وعدم التهمة واما اطلاق اللفظ فلان لفظ امرأة مطلقا يقع على الحرة والامة كما اذا حلف لا يتزوج امرأة يقع على الحرة والامة جميعا وقوله وهو التزوج بالاكفاء قال الكسائي رحمه الله دلت المسئلة على ان الكفاءة تعتبر في النساء للرجال ايضا عندهما كذا ذكره في الاصل قلنا العرف مشترك يعني كما هو مستعمل فيما قلتم يستعمل فيما قلنا فان الاشراف كما يتزوجون الحرائر يتزوجون الاماء للتسهيل اوهو عرف عملي اي عرف من حيث العمل والاستعمال لا من حيث اللفظ وبيانه ان العرف على نوعين لفظي نحو الدابة يقيد لفظا بالفرس ونحو المال بين العرب بالابل وعملي اي العرف من حيث العمل اي من حيث ان عمل الناس كذا كلبسهم الجديد يوم العيد وامثاله فلا يصلح مقيدا الاطلاق اللفظ لان الطلاق

اللفظ تصرف لفظي والتقييد يقابله ومن شرط التقابل اتحاد المحل الذي يردان عليه وقوله وذكر يعني محمدا رحمه الله في وكالة الاصل اشارة الى ماذكرنا من استحسان الكفاءة عندهما في الوكالة كما ذكره في الكتاب وهو واضح *

باب المهر

لما ذكر ركن النكاح وشرطه شرع في بيان المهر لانه حكمه فان مهر المثل يجب بالعقد فكان حكماله والمهر هو المال يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع اما بالتسمية او بالعقد وله اسام المهر والصداق والنحلة والاجر والفريضة والعقر لا خلاف لاحد في صحة النكاح بلا تسمية المهر قال الله تعالى فَانْكِحُوا والنكاح لغة لا ينبئ الا عن الانضمام والازدواج فيتم بالمتناكحين ولو شرطنا التسمية فيه زدنا على النص فان قيل المهر واجب شرعا فكيف يصح النكاح مع السكوت عنه اجاب بقوله ثم المهر واجب شرعا يعني ان وجوبه ليس لصحة النكاح وانما هو لابانة شرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح فان قيل هذا دعوى فلا بد من دليلها قلت دل عليه قوله تعالى لَاجُنَاحَ عَلَيْكُمْ اِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَالَمْ تَمَسُّوهُنَّ اَوْتَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيْضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية ولا يكون الطلاق الا في النكاح الصحيح فعلم ان ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا ان النكاح عقد انضمام فيتم بالزوجين وقوله وفيه اي فيما اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها خلاف مالك رحمه الله يعني انه لا يجوز قال لانه عقد معاوضة ملك متعة بملك مهر فيفسد بشرط نفي عوضه كالبيع بشرط ان لا ثمن ويحتاج الى الفرق بين ترك التسمية وشرط ان لا يكون مهرا اذ القياس على البيع يقتضي شمول العدم وفرق بينهما بحديث ابن مسعود رضي الله عنه في المتعة كما سيجيئ قلنا دلالة حديث ابن مسعود رضي الله عنه على جواز ان ينفي المهر كدلالته

كدلالته على جواز ترك ذكره لان مايكون عوضا بشرط ذكره في العقد لا يختلف الحال بين ترك ذكره ونفيه كالبيع واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي رحمه الله ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع لانه حقها شرعه الله تعالى لها صيانة لبضعها عن الابتذال مجانا فيكون التقدير اليها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ولا مهر اقل من عشرة دراهم انما ذكره بالواو لكونه معطوفا على ماقبله في الحديث وهو ما روى جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اَلَا لا يزوج النساء الّا الاولياء ولا يزوجن الّا من الاكفاء ولا مهر اقل من عشرة دراهم وفي حديث ابن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا قطع في اقل من عشرة دراهم ولا مهر اقل من عشرة دراهم وفيه بحث من اوجه الاول انه خبر واحد فلا يجوز تقييد اطلاق قوله تعالى اَنْ تَبْتَغُوا بِاَمْوَالِكُمْ به لانه نسخ الثاني انه معارض بقوله صلى الله عليه وسلم بما روي ان عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وبه اثر صفرة فاخبره انه تزوج فقال صلى الله عليه وسلم كم سقت اليها فقال زنة نواة من ذهب فقال صلى الله عليه وسلم اَوْلِم ولو بشاة رواه الجماعة والنواة خمسة دراهم عند الاكثر وقيل ثلثة دراهم وثلث وبما روي ان امرأة قامت وقالت وهبت نفسي منك يارسول الله فقال صلى الله عليه وسلم لا حاجة لنا اليوم بالنساء فقال رجل لي حاجة زوّجنيها يارسول الله فقال صلى الله عليه وسلم هل عندك شيء تصدقها فقال ما عندي الّا ازاري فقال صلى الله عليه وسلم فالتمس شيئا ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا فقال صلى الله عليه وسلم هل معك شيء من القرآن قال نعم سورة كذا وكذا قال صلى الله عليه زوجتكها بما معك من القرآن الثالث ان هذا الحديث متروك العمل في حق الاولياء فيكون في حق المهر كذلك لانه ان كان صحيحا وجب العمل به على الاطلاق وان لم يكن صحيحا وجب ترك العمل به كذلك واما العمل ببعض دون بعض فتحكم محض * والجواب عن الاول ان التقييد ثبت باشارة قوله تعالى قَدْ عَلِمْنَا

مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ لان الفرض بمعنى التقدير فكان المراد باموالكم في قوله تعالى أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مالا مقدرا وبين الحديث مقداره وهذا لان كل مال اوجبه الشرع تولى بيان مقداره كالزكوة والكفارات وغيرهما فكذلك المهر وعن الثاني بان الحديث يدل على ما يعجل بالسوق اليها اما في حديث عبد الرحمن فلانه صرح به واما في الحديث الآخر فلانه امر ذلك الرجل بالالتماس وذلك غير مقدر عندنا وليس كلامنا فيه وانما كلامنا في الذي ثبت في الذمة وعن الثالث بما ذكرنا ان عايشة رضي الله عنها عملت بخلافه ولو لم تعرف نسخها ما فعلت ذلك فقام دليل النسخ في الاولياء دون غيرها ولا يلزم من ترك العمل بالذي قام عليه دليل النسخ تركه بما لم يقم ولا التحكم وقوله ولانه حق الشرع اي المهر حق الشرع من حيث وجوبه عملا بقوله تعالى قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ على ما عرف في الاصول وكان ذلك لاظهار شرف المحل فيتقدر بماله خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة لانه يتلف به عضو محترم فلان يتلف به منافع بضعها كان اولى ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رحمه الله مهر المثل لان تسمية ما لا يصلح مهرا كانعدامه كما في تسمية الخنزير وهو القياس ووجه الاستحسان ان فساد هذه التسمية اما لحق الشرع فقد صار مقضيا بالعشرة واما باعتبار ان العشرة في كونها صداقا لا يتجزى فذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله كما في اوصاف النكاح الى نصفها صح في جميعها واما لحقها وهو ما زاد على العشرة فقد رضيت بسقوطه لان الرضا بما دون العشرة رضى بالعشرة واما باعتبار انها برضاها بما دون العشرة اسقطت حقها وحق الشرع على ما قررنا فما كان حقها فقد سقط لولايتها على نفسها وما كان حق الشرع فلم يسقط لعدم الولاية عليه وقوله ولا معتبر بانعدام التسمية جواب عن قوله كانعدامه يعني ليس هذا القياس صحيحا لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير فلا يكون عدم التسمية دليلا على الرضاء بالعشرة فلذلك لا يجب العشرة وانما يجب مهر المثل بخلاف

بخلاف الرضا بما دون العشرة فانه رضي بها لامحالة ولو طلقها قبل الدخول بها وجب خمسة عندهم ووجب المتعة عنده كما اذا لم يسم شيئا وقوله ومن سمى مهرا عشرة اعلم ان المهر بعد وجوبه بالتسمية او بنفس العقد يتقرر باحد الامرين بالدخول وما قام مقامه من الخلوة الصحيحة وبالموت اما الدخول فلانه يتحقق به تسليم المبدل وهو البضع وبه اي بتسليم المبدل يتأكد تسليم البدل وهو المهر كما في تسليم المبيع في باب البيع يتأكد به وجوب تسليم الثمن فان وجوب الثمن قبل ذلك لم يكن متأكدا لكونه على عرضية ان يهلك المبيع في يد البائع وينفسخ العقد وبتسليمه يتأكد وجوب الثمن على المشتري وكذلك وجوب المهر كان على عرضية ان يسقط بتقبيل ابن الزوج والارتداد والعياذ بالله وبالدخول تأكد واما الموت فلان النكاح ينتهي به نهايته حيث لم يبق قابلا للدفع والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيجب ان يتقرر بجميع مواجبه الممكن تقريرها لوجود المقتضي وانتفاء المانع كالارث والعدة والمهر والنسب وقلنا مواجبه الممكن تقريرها احترازا عن النفقة وحل التزوج بعد انقضاء العدة فان النفقة لا تجب بعد الموت ويحل لها التزوج بعد انقضائها ولم يحل وقت النكاح واما الذي يقوم مقام الدخول فهو الخلوة الصحيحة ويعلم حكمه من قوله فان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ وهو نص صريح في الباب فيجب العمل به وقوله والاقيسة متعارضة جواب عما يقال ينبغي ان يسقط الكل لان بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه سالما اليها فيجب ان يسقط كل البدل كما اذا تبايعا ثم اقالا ووجهه ان الاقيسة متعارضة قياس يقتضي ذلك كما ذكرت وقياس آخر يقتضي وجوب كل المهر لانه فوت ما ملكه باختياره وذلك يقتضي وجوب كل المهر كالمشتري اذا اتلف المبيع قبل القبض واذا تعارض القياسان وجب المصير الى النص وفيه بحث من اوجه الاول ان القياس لا وجود له على مخالفة

النص فضلا عن الاقيسة والثاني ان التعارض اذا ثبت بين الحجتين كان المصير الى ما بعدهما لا الى ما قبلهما والثالث ان القياسين لا يتعارضان ولو ثبت التعارض صورة لم يتركا بل يعمل المجتهد بايهما شاء واجيب عن الاول بان ذكر معارضة القياس ههنا ليس لاثبات الحكم بهما او باحدهما بل لبيان ان العمل بهما غير ممكن لتعارضهما او لمخالفة كل منهما النص فصار كانه قال فوجب العمل علينا بظاهر النص من غير رجوع الى القياس والمعقول فانا لو خلينا مجرد القياس وعملنا به على وجه الفرض والتقدير وان لم يكن وقت العمل بالقياس من غير نظر الى النص لزم ترك احد القياسين فتركناهما جميعا وعملنا بالنص وبهذا خرج الجواب عن السؤالين الاخيرين فانه لما لم تكن المعارضة على حقيقتها بل هو قول على سبيل الفرض والتقدير لا يرد ما في التعارض هذا احسن ما وجدته في الاعتذار في هذا البحث وهو كما ترى وقوله وشرط ان يكون قبل الخلوة قد ظهر معناه مما تقدم

قوله وان تزوجها ولم يسم لها مهرا خير للمفوضة والتي شرط في نكاحها ان لا مهر لها فلها مهر المثل ان دخل بها الزوج او مات عنها وكذا لو ماتت وقال الشافعي رحمه الله لا يجب شيء في الموت واكثر اصحابه على انه يجب في الدخول * له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاءً * ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع كما مر وانما يصير حقها حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي اذ الاصل ان تلاقي التصرف ما تملكه دون ما لا تملكه ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ ووجه الاستدلال ان الله تعالى قال لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ والفريضة هي المهر اي لا جناح عليكم في الطلاق في الوقت الذي لم يحصل المساس وفرض الفريضة وامر بالمتعة مطلقا وهو على الوجوب وقال حَقًّا وذلك يقتضيه ايضا وذكر بكلمة على فهذه المتعة واجبة عليه عندنا رجوعا الى الامر وغيره وفيه خلاف مالك رحمه الله فانها عنده مستحبة في جميع الصور لان الله تعالى سماها

سماها احسانا بقوله تعالى حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ واجيب بان ذلك مصروف الى التي لها مهر او نصف مهر لئلا يعارض الامر وفيه نظر لان متاعا مصدر مؤكد بقوله مَتِّعُوهُنَّ والمراد به هذه المتعة الواجبة فكيف ينصرف الى المستحب والاولى ان يقال الامر وكلمة على في عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ ومتاعا وحقا وكلمة على في قوله عَلَى الْمُحْسِنِينَ كلها تقتضي الوجوب وتأكيده فاما ان تبطل ذلك كله لاجل لفظ الاحسان او تأوله لا اراك تعدل عن التاويل فتأوله بان معناه على المحسنين الذين يقيمون الواجب ويريدون على ذلك احسانا منهم والله اعلم والمتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها درع وخمار وملحفة فان كانت من السفلة فمن الكرباس وان كانت وسطا فمن القزوان كانت مرتفعة الحال فمن الابريسم وهذا التقدير اي تقدير العدد مروي عن عايشة وابن عباس رضي الله عنهما وذلك لان المرأة تصلي في ثلثة اثواب وتخرج فيها عادة فتكون متعتها ذلك وقوله لقيامها مقام مهر المثل قال في النهاية كان من حقه ان يقول لقيامها مقام نصف مهر المثل لان المهر التام لم يجب في صورة من الصور اذا طلقت قبل الدخول ولكن مراده الحاق المتعة بنفس مهر المثل في اعتبار حالها من غير نظر الى تمام مهر المثل او نصفه وفي مهر المثل المعتبر حالها فكذا فيما قام مقامه وقوله والصحيح انه يعتبر حاله هو اختيار ابي بكر الرازي رحمه الله عملا بالنص وهو قوله تعالى عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ اي على الغني بقدر حاله وَعَلَى الْمُقْتِرِ اي على الفقير المقل بقدر حاله ثم المتعة اما ان تكون زائدة على نصف مهر المثل اولا فان كانت زائدة فلها نصف مهر المثل لان مهر المثل هو العوض الاصلي ولكن تعذر تنصيفه لجهالته فيصار الى خلفه وهو المتعة فلا يزاد على نصف مهر المثل وان لم تكن فاما ان تكون مساوية له اولا فان كانت مساوية فلها المتعة اتباعا للنص وان لم تكن فاما ان تكون اقل من خمسة دراهم اولا فان كانت فلها الخمسة لان المهر هو الاصل والمتعة خلف ولا مهر اقل عن عشرة دراهم فلا متعة اقل

من خمسة وان لم تكن فلها المتعة عملا بالنص فان قيل نص المتعة مطلق عن هذه التفاصيل ففيها تقييد له وهو نسخ فالجواب ان قوله تعالى قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ دل على ان المهر مقدر شرعا والايجاب بالتسمية في مهور من يعتبر بمهره مهر المثل بيان لذلك المقدر المجمل وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم لا مهر اقل عن عشرة دراهم فكان معارضا لآية المتعة والتفصيل على الوجه المذكور توفيق بينهما فتأمل ان كانت القواعد الاصولية على ذكر منك

وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسميته فهي لها ان دخل بها او مات عنها بالاتفاق وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف رحمه الله الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي رحمه الله لانه مفروض والمفروض يتنصف بالطلاق قبل الدخول لقوله تعالى فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ولنا ان هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل اذ لو لم يكن كذلك لوجب عليه اذا دخل بها مهر المثل والمفروض جميعا اما مهر المثل فلانه الواجب بهذا العقد ابتداءً لعدم التسمية واما المفروض فبحكم التسمية فكان كما اذا سمى لها مهرا ثم زاد لها شيئا فانهما يلزمانه على تقديري الدخول والموت لكنه يسقط مهر المثل ويلزمه المفروض فكان تعيينا له ومهر المثل لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما تلا يعني قوله تعالى فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ الفرض في العقد لانه هو المتعارف وقوله واذا زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر رحمه الله فانه يقول الزيادة هبة مبتدأة لا تلحق باصل العقد ان قبضت ملكت والا فلا وعد المصنف رحمه الله ان يذكره في زيادة الثمن والمثمن ونحن نتبعه في ذلك وقوله لان التنصيف عندهما مختص بالمفروض في العقد يعني بناءً على ما ذكرنا انه ينصرف الى المتعارف وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه عملا بظاهر قوله تعالى فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ من غير فصل وقوله على ما مر يعني في المسئلة المتقدمة **قوله** واذا خلا الزوج بامرأته هذا بيان ان الخلوة الصحيحة بمنزلة الدخول في حق لزوم كمال المهر وغيره عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقول لها نصف المهر لان المعقود عليه وهو منافع

منافع البضع انما يصير مستوفى بالوطىء فلا يتأكد المهر دونه لان التاكيد انما يكون بتسليم المبدل وتسليمها بالوطىء ولم يوجد ولنا انها سلمت وتقريره ان الواجب لا يكون الا مقدورا والمقدور للمرأة تسليم المبدل برفع الموانع وقد وجد منها ذلك فيتأكد حقها في البدل كما في البيع فان التخلية فيه برفع الموانع تسليم يجب به تسليم الثمن على المشتري واما ماذكره ان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطىء فصحيح لكن ذلك تسليم وليس في قدرة المرأة ذلك فلا تكون مكلفة بذلك وقوله وان كان احدهما مريضا بيان لما يكون مانعا من الخلوة حسيا كان اوشرعيا وقوله وقيل مرضه حاصله ان المرض في جانبها متنوع بلا خلاف واما المرض في جانبه فقد قيل انه ايضا متنوع وقيل انه غير متنوع وانه يمنع صحة الخلوة على كل حال وجميع انواعه في ذلك على السواء قال الصدر الشهيد رحمه الله هو الصحيح ووجهه ما قال المصنف رحمه الله ان مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور وقوله وان كان احدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له الافطار واعترض عليه بانه ينبغي ان لا يلزمه كل المهر لانه يلزمه القضاء على تقدير الافساد فلا تكون الخلوة صحيحة كما في قضاء رمضان واجيب بان لزوم القضاء في التطوع عندنا للضرورة صيانة المؤدى عن البطلان والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يعدو الى افساد الخلوة بخلاف قضاء رمضان فان لزوم قضائه ليس لذلك بل هو فرض مطلقا فكان اثره عاما وقوله وهذا القول في المهر هو الصحيح اي الاخذ برواية المنتقى في حق كمال المهر فعا للضرر عنها هو الصحيح واما في حق جواز الافطار فالصحيح غير رواية المنتقى وهو انه لا يباح الافطار من غير عذر وحاصله ان المأخوذ في حق كمال المهر رواية المنتقى وفي حق جواز الافطار الرواية الاخرى واحترز بقوله هو الصحيح عن رواية شاذة عن ابي حنيفة رحمه الله وهي ان صوم التطوع يمنع صحة الخلوة لانه يمنعه عن الوطىء شرعا لما فيه من ابطال العمل المؤثم **قوله** واذا خلا المجبوب وهو الذي استوصل ذكره وخصياه من الجب وهو القطع

اذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه نصف المهر لانه اعجز من المريض لوجود آلة الجماع في المريض وقد يجامع بخلاف المجبوب والمرض مانع عن الخلوة فالجب اولى بخلاف العنين فان الوقوف على حقيقة العنة متعذر وسلامة الآلة وجود السبب الى الوطئ اذ الاصل السلامة في الوصف ايضا فيدار الحكم عليه ولابي حنيفة رحمه الله ان المستحق عليها التسليم في حق المستحق لانه وسع مثلها في هذه الحالة وقد اتت بما وجب عليها واما عدم التسلم فذلك ليس من جهتها كما تقدم وعليها العدة في جميع هذه المسائل يعني فيما اذا كانت الخلوة صحيحة او فاسدة احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد اما انها حق الشرع فيدل عليه ان الزوجين لا يملكان اسقاطها والتداخل يجري فيها وحق العبد لا يتداخل واما انها حق الولد فلقوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماؤه زرع غيره والمقصود منه رعاية نسب الولد وهو حقه فلا تصدق المرأة في ابطال حق الغير بقولها لم يطأني وقيل معناه فلا يصدق الزوج في ابطال حقها بقوله لم اطأها بخلاف المهر فانه لا يجب بالخلوة الفاسدة لانه مال لا يحتاط في ايجابه وقوله وذكر القدوري في شرحه اي في شرحه لمختصر الكرخي وكلامه واضح **قوله** وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة تستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا وقال الشافعي رحمه الله تجب لكل مطلقة الا لهذه التركيب على هذا الوجه هو الذي وقع في النسخ الصحيحة الموثوق بها وهو كما ترى يقتضي ان لا تكون المتعة واجبة للمفوضة الغير المدخول بها لدخولها في قوله لكل مطلقة وهو يناقض ما تقدم من قوله ثم هذه المتعة واجبة ويقتضي ان لا تكون المتعة للمستثناة مستحبة لانه استثناها من الاستحباب وقد صرح باستحبابها لها في المبسوط والمحيط والحصر وزاد الفقهاء وجامع الاسبيجابي ويقتضي ان لا تكون المتعة واجبة للمستثناة عند الشافعي رحمه الله لانه استثناها من الوجوب وذكر في الحصر انها

انها واجبة عنده لهذه المستثناة ايضا واذا عرفت هذا فاعلم ان معنى كلامه وتستحب المتعة لكل مطلقة غير التي ذكرناها من قبلُ الّا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج الى آخره وهي اختيار القدوري فانه ذكر في شرحه ان المتعة واجبة ومستحبة فالواجبة للتي طلقها قبل الدخول والتسمية والمستحبة لكل مطلقة الّا التي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا فقد وقع اختياره موافقا للرواية التحفة ومخالفا للكتب المذكورة واما الشافعي رحمه الله فله في المستثناة قولان في قوله القديم تجب وهو الذي ذكره صاحب الحصر وفي الجديد لا تجب وهو الذي ذكره في الكتاب وهو اصح القولين فعلى هذا كانت المتعة عندنا على ثلثة اقسام واجبة ومستحبة وغير مستحبة لان المطلقة اما ان تكون ملموسة اولا فان لم تكن فاما ان يكون مهرها مسمىً اولا فان لم يكن فهي التي وجبت لها المتعة وان كان فهي المستثناة التي لا تستحب لها المتعة وان كانت ملموسة سواء كان مهرها مسمىً اولا تستحب لها المتعة وعند الشافعي رحمه الله هي تنقسم الى واجبة والى غيرها واستدل له في الكتاب بقوله لانها وجبت وهو دليل على وجوبها لكل مطلقة وعدمه للمستثناة وتقريره المتعة وجبت صلة من الزوج لا يحاشها بالفراق وكل ما كان كذلك يجب ان يجب لكل من اوحشت به فالمتعة تجب لكل مطلقة لانها اوحشت بالفراق الا ان في هذه الصورة يعني المستثناة نصف المهر يجب بطريق المتعة لان الطلاق فسخ معنى في هذه الحالة لعود مالها اليها سالما وذلك يقتضي سقوط المهر كله كما في فسخ البيع لكن الشرع اوجب نصف المهر بطريق المتعة والمتعة لا تتكرر فلا تجب المتعة لهذه المطلقة وتجب لغيرها وانما قال وجبت صلة احترازا عن قولنا ان المهر عوض والمتعة خلف عنه والفائدة تظهر في مسئلتين احديهما ان المطلقة بعد الدخول بها لا تستحق المتعة عندنا لانها قد استحقت عوض منافع البضع مرة فلا تستحق غيره وعنده تستحق لانها صلة بسبب الايحاش فيجب المهر لاستيفاء منافع البضع والمتعة لوحشة الفراق والثانية ان المتعة لا تزاد على نصف المهر

عندنا لئلا يزيد الخلف على الاصل و عنده تزاد و لنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لوجود حد الخلف لان مهر المثل لما سقط بالطلاق قبل الدخول وجبت المتعة والحال ان العقد يوجب العوض ولا ينفك عنه لقوله تعالى اَنْ تَبْتَغُوا بِاَمْوَالِكُمْ على ما عرف في الاصول فكان وجوب المتعة مضافا الى العقد بعدم مهر المثل ولا نعني بالخلف الا ما يجب بعد سقوط شيء مضافا الى سبب ذلك الشيء كالتيمم مع الوضوء فثبت انها خلف والخلف لا يجامع الاصل فالمتعة لا تجامع مهر المثل ولا شيئا متصلا به وهو كل المفروض عند الطلاق بعد الدخول او بعض المفروض عنده قبله واعلم انه قيل في توجيه كلامه ان المراد بالاصل كل المفروض كما اذا كان بعد الدخول والتسمية وبقوله ولا شيئا منه نصف المفروض كما اذا كان قبل الدخول وبعد التسمية وفيه نظر لانه حينئذ يكون منقطعا عن الكلام الاول وهو قوله المتعة خلف عن مهر المثل فان قياسه هكذا المتعة خلف عن مهر المثل والخلف لا يجامع الاصل فالمتعة لا تجامع الاصل وهو مهر المثل وليس في ذلك ذكر التسمية كما ترى وليس المدعى الا عدم وجوب المتعة مع وجوب المسمى او بعضه ومع وجوب مهر المثل فالصواب ان يقال الاصل هو مهر المثل والمتعة لا تجامعه وجوبا والمراد بقوله ولا شيئا منه المسمى وبعضه ومن هي من المتصلة كما في قوله تعالى اَلْمُنَافِقُونَ وَالْمُنَافِقَاتُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ اي بعضهم متصل ببعض فيكون معناه والخلف وهو المتعة لا تجامع الاصل وجوبا وهو مهر المثل اذا طلقها بعد الدخول من غير تسمية ولا تجامع شيئا متصلا بالاصل وهو كل المسمى بعد الدخول وبعضه قبله فيكون قوله ولا شيئا منه ملحقا بالثابت بالقياس المتقدم لانه من نتيجته لانه لم يذكر في مقدماته لكنه لما كان متصلا به الحق بحكمه ومعنى الاتصال بين مهر المثل والمسمى ان كلا منهما يقع امتثالا لما هو المهر عند الله تعالى وبيان له كما عرف في الاصول ويعضد هذا قوله في آخر كلامه فلا تجب مع وجوب شيء من المهر ليتناول مهر المثل وكل المسمى وبعضه وهذا الذي سنح لي في حل هذا الموضع والله اعلم وقوله وهو غير

غير جان جواب عن قوله اوحشها بالفراق وتقريره سلّمنا انه اوحشها بالفراق لكنه لم يكن في الايحاش جانيا لانه فعل مافعل باذن الشرع فلا تلحقه الغرامة بوجوب المتعة فكان اي المتعة بتاويل المتاع من باب الفضل اي الاستحباب **قوله** واذا زوج الرجل ابنته واذا زوج رجلان كل منهما بنته او اخته لآخر بشرط ان يزوجها الآخر بنته او اخته صح النكاح عندنا ولكل منهما مهر المثل وسمي هذا النكاح نكاح الشغار من الشغور وهو الرفع والاخلاء وسمي به لانهما بهذا الشرط كانهما رفعا المهر واخليا البضع عنه وقال الشافعي رحمه الله النكاحان باطلان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة لانه لما جعل ابنته منكوحة الآخر وصداق ابنته اقتضى ذلك انقسام منافع بضعها عليهما نصفين فيصير النصف للزوج بحكم النكاح والنصف لبنته بحكم المهر فيلزمه الاشتراك ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الايجاب * ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا وكل ماكان كذلك صح العقد فيه ووجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير وقوله ولا شركة بدون الاستحقاق جواب الخصم بيانه ان البضع لما لم يصلح صداقا لم يتحقق الاشتراك لان منافع بضع المرأة لا تصلح ان تكون مملوكة لامرأة اخرى فبقي هذا شرطا فاسدا والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة وان تزوج حر امرأة على خدمته لها سنة او على تعليم القرآن صح النكاح ولها مهر المثل وقال محمد رحمه الله لها قيمة خدمته سنة وان تزوج عبد حرة باذن مولاه على خدمته لها سنة جاز ولها الخدمة وقال الشافعي رحمه الله لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين يعني سواء كان حرا او عبدا لان ما يصح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا لان المعاوضة تتحقق بذلك والتعليم والخدمة كذلك لانه اذا استأجر شخصا على تعليم القرآن او الاذان او الامامة جاز عنده فصار كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر او على رعي الزوج غنمها * ولنا ان المشروع في عقد النكاح هو الابتغاء بالمال لقوله تعالى أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ الآية والتعليم ليس بمال فلا يكون الابتغاء به مشروعا وكذلك المنافع على اصلنا لانها لا تبقى زمانين والتمول

بعتمد البقاء زمانين فلا تكون الخدمة مالا فلا يكون الابتغاء به مشروعا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبة العبد كما في الاجارة ولا كذلك الحر وعلى هذه النكتة يمنع جواز النكاح على خدمة حر آخر ورعي الغنم ولان خدمة الزوج لا تستحق بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع لان عقد النكاح يقتضي ان تكون المرأة خادمة والزوج مخدوما لقوله صلى الله عليه وسلم النكاح رق وفي جعل خدمة الزوج مهرا لها كون الرجل خادما والمرأة مخدومة وذلك خلاف موضوع النكاح بلا خلاف بخلاف خدمة حر آخر برضاه فانه يصلح ان يكون مهرا لانه يسلم فيه رقبته كالمستأجر ولا مناقضة فيه * على انه ممنوع في احدى الروايتين وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها باذنه وامره بالنكاح وهذا مستغنى عنه ظاهرا لانه علم الجواب عنه بقوله وخدمة العبد ابتغاء بالمال ويمكن ان يقال ذكر المصنف رحمه الله على المدعى دليلين احدهما قوله المشروع هو الابتغاء بالمال والثاني قوله ولان خدمة الزوج الحر فذكر العبد مرة باعتبار الاول واخرى باعتبار الثاني وبخلاف رعي الغنم لانه من باب القيام بامور الزوجة فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية وفي عبارة المصنف رحمه الله تسامح لانه قال في الدليل ولنا ان المشروع هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا فان كان محمد رحمه الله داخلا في قوله ولنا فقوله ثم على قول محمد رحمه الله تجب قيمة الخدمة لان المسمى مال يناقض ذلك وان لم يكن داخلا كان المناسب ولهما دفعا للالتباس ويمكن ان يجاب عنه بانه داخل بالنسبة الى تعليم القرآن فقال ولنا وليس بداخل بالنسبة الى الخدمة فقال في الآخر ثم على قول محمد رحمه الله تجب قيمة الخدمة لان المسمى وهو الخدمة مال عند العقد الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالمتزوج على عبد الغير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يجب مهر المثل لان الخدمة اي خدمة الحر ليست بمال اذ لا تستحق فيه اي لا تستحق الخدمة في النكاح بحال ولو كانت مالا لاستحقت لانه

لانه وجد المقتضي وهو العقد الصادر من الاهل المضاف الى المحل وانتفى المانع وهو كون المهر غير مال وذكر بعض الشارحين ان سماعه في هذا المكان بكلمة أو وكذا او لاتستحق فيه بحال وهو حسن لمعنيين احدهما ان يكون كل واحد من قوله لان الخدمة ليست بمال وقوله اولا تستحق فيه بحال دليلا على وجوب مهر المثل ويكون الاول اشارة الى قوله ولنا ان المشروع هو الابتغاء بالمال والثاني اشارة الى قوله ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح والمعنى الثاني ان قوله اذ لاتستحق فيه بحال لا دلالة له على ان الخدمة ليست بمال لا بما لقتقه من وجود المقتضي وانتفاء المانع وهو لا يتمّ لان للخصم ان يقول لا نسلم انها لو كانت مالا لاستحقت فيه وقوله لانه وجد المقتضي وانتفى المانع وهو كون المهر غير مال نقول المانع غير منحصر في ذلك بل كونه مفضيا الى المناقضة مانع آخر عن الاستحقاق لكن سماعي بكلمة او ولقائل ان يقول قوله على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله مستغنىً عنه لانه علم ذلك من الدليل في مطلع البحث ويمكن ان يجاب عنه بانه اعاده تمهيداً لبيان التعليل بقوله هذا اي وجوب مهر المثل لان تقومه للضرورة اي لان تقوم المسمى وهذه الخدمة لضرورة حاجة الناس فى العقود وهي انما تندفع بالتسليم الى المحتاج فاذا لم يجب تسليمه في هذا العقد لمكان التناقض لم يظهر تقومه فبقي الحكم على الاصل وهو مهر المثل ولو قال فاذا لم يجز تسليمه لكان اولى فتأمل

قوله فان تزوجها على الف هذه المسئلة تنقسم بالقسمة الاولية الى قسمين اما ان يتزوجها على مالا يتعين بالتعيين كالنقود او على ما يتعين بالتعيين كالعروض والحنطة والشعير ثم كل واحد منهما على وجهين اما ان يكون الصداق مقبوضا لها او لم يكن وكل واحد منهما على وجهين اما ان تهب المرأة الكل او البعض فان تزوجها على ما لا يتعين بالتعيين وهو الف درهم فقبضتها ثم وهبتها للزوج ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بخمس مائة درهم لان الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت مهراً بالطلاق قبل الدخول فانه ينصف الصداق بالنص

ولم يصل اليه عين ما يستوجبه بالهبة لان الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ فكانت هبة هذه الالف كهبة الف اخرى واذا لم يصل اليه عين ما استوجبه كان له الرجوع وكذا اذا كان المهر مكيلا او موزونا او شيئا آخر في الذمة غير الدراهم فقبضته ثم وهبته ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بنصف ذلك لعدم التعيين ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضته فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع احدهما على الآخر بشيء وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر رحمه الله لانه سلم له المهر بالابراء وما سلم له بالابراء غير ما يستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته عما عليه من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول فالزوج سلم له غير ما يستحقه فلا تبرأ المرأة عما يستحقه ووجه الاستحسان ان ما يستحقه الزوج بالطلاق وهو براءة ذمته عن نصف المهر وقد وصل اليه ذلك لكن بسبب آخر وهو الابراء ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود لانه غير مقصود بنفسه كمن يقول لآخر لك علي الف درهم ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك وقال الآخر الجارية جاريتك ولي عليك الف درهم لزمه المال لحصول المقصود وان كذبه في السبب وهو بيع الجارية ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل فلو قبضت الكل ثم وهبت للزوج ثم طلقها قبل الدخول يرجع عليها بنصف ما قبضت فكذا اذا قبضت البعض ولان هبة البعض اي البعض الذي لم يقبضه حط والحط يلحق باصل العقد فكأنه تزوجها ابتداء على الخمسمائة المقبوضة ولابي حنيفة رحمه الله ان مقصود الزوج وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض وقد حصل قبل الطلاق فلا يستوجب الرجوع بعد الطلاق كمن له على آخر دين مؤجل فاستعجل قبل حلول الاجل وفائدة قوله بلا عوض ستظهر فيما اذا

اذا باعت من زوجها . قوله والحط جواب عن قولهما ولان هبة البعض حط ووجه ذلك ان الحط انما يلتحق باصل العقد اذا كان العقد مغابنة يحتاج الى دفع الغبن عن احد الجانبين بالزيادة او الحط والنكاح ليس كذلك واستوضح المصنف رحمه الله بقوله الا ترى ان الزيادة يعني ان الحط والزيادة سيان في الالتحاق باصل العقد والزيادة في النكاح لا تلتحق باصل العقد حتى لا تتنصف الزيادة مع الاصل بالاتفاق فكذلك الحط ولوكانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي مثل ما اذا تزوجها على الف فوهبت المرأة مائتين وقبضت الباقي فعند ابي حنيفة رحمه الله يرجع عليها بثلث مائة درهم حتى يتم النصف وعندهما يرجع عليها باربع مائة درهم لان عنده ما تسلم للزوج معتبر وعندهما المقبوض معتبر فكأنه تزوجها على ما قبضت فينصف المقبوض وهو ثمان مائة فلو كان تزوجها على عرض فقبضته اولم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره يعني في قوله لانه سلم له المهر بالابراء فلا تبرأ عما يستحقه ووجه الاستحسان ما ذكره ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه وقوله ولهذا اي ولان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها لم يكن لها ان تدفع شيئا آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وهي المسئلة الاولى حيث يرجع عليها بالنصف لان حقه لم يكن في نصف المقبوض لعدم التعيين ولهذا لو دفعت مكانه شيئا آخر جاز وبخلاف ما اذا باعت يعني الصداق العرض من زوجها لانه وصل اليه ببدل وهو يستحق عليها نصف المهر بلا بدل فلا ينوب عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول فلذلك يرجع عليها بنصف المهر ولو تزوجها على حيوان يعني مثل الفرس والحمار ونحوهما الامطلقا او عروض في الذمة بان قال على ثوب هروي بين جنسه ونوعه فانه حينئذ يجب الوسط مما سمي ويثبت دينا في الذمة فيشبه النقود فكذلك الجواب

يعني اذا وهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء قبضت اولم تقبض
لان المقبوض متعين في الرد يعني انها لو قبضته تعين عليها رده بعينه وكلما كان المقبوض منه
متعينا في الرد كان من جنس ما يتعين بالتعيين واذا وهبت ما يتعين بالتعيين فان كانت
الهبة بعد القبض فقد وصل اليه عين حقه لان اختلاف السبب غير مقبول وان كانت قبله
فقد وصل اليه حقه وهو براءة ذمته عن نصف المهر ولا معتبر باختلاف السبب وقوله وهذا لان
الجهالة اشارة الى شيئين الى جواز النكاح بالحيوان والعروض بلا تعيين والى
ان المقبوض متعين في الرد وتقريره الجهالة تحملت في النكاح وكل ما تحمل في النكاح
لا ينافي النكاح فاذا شرط ذلك في العقد صح ولا بد من تعيين ليتحقق الايفاء عند الحاجة
اليه فاذا عين بالقبض صار كان التسمية وقعت عليه ولو كان كذلك كان متعينا فكذلك اذا
عين بالقبض وفائدة الاولى صحة العقد وان كان المسمى مجهولا ومنع وجوب مهر
المثل وفائدة الثانية عدم رجوع الزوج عليها بشيء ان وهبته له وعدم ولاية الاستبدال
ان لم تهب فطلقها قبل الدخول بها بخلاف الدراهم والدنانير **قوله** واذا تزوجها على الف
على ان لا يخرجها من البلدة قد تقدم ان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فاذا تزوج
امرأة على الف على ان لا يخرجها من البلدة او على ان لا يتزوج عليها او على ان يطلق
فلانة فالنكاح صحيح وان كان شرط عدم التزوج وعدم المسافرة وطلاق الضرة فاسدا لان
فيه المنع عن الامر المشروع فان وفى بالشرط فلها المسمى لانه سمى ما صلح مهرا وقد تم
رضاها به وان لم يوف به فلها مهر مثلها وصورة المسئلة فيما اذا كان مهر المثل اكثر من
الالف لانه سمى مالها فيه نفع حتى رضيت بتنقيص المسمى عن مهر المثل فعند فواته
ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة بان سمي مع الالف ان يكرمها
ولا يكلفها الاعمال الشاقة وما تتعب به وكما لو سمي الهدية مع الالف بان يرسل اليها
مع الالف الثياب الفاخرة ولو تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها صورة

صورة المسئلة ظاهرة ووجه قول زفر رحمه الله انه ذكر بمقابلة شيء واحد وهو البضع بدلين مختلفين على سبيل البدل وهما الالف والالفان فتفسد التسمية للجهالة ويجب مهر المثل ولهما ان ذكر كل واحد من الشرطين مفيد فيصحان جميعا ولابي حنيفة رحمه الله ان الشرط الاول قد صح لعدم الجهالة فيه فيتعلق العقد به ثم لم يصح الشرط الثاني لان الجهالة نشأت منه ولم يفسد النكاح وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا تزوجها على الفين ان كانت جميلة وعلى الف ان كانت قبيحة حيث يصح فيها الشرطان جميعا بالاتفاق والمسئلة في فتاوى الولوالجية وغيره واجيب بان في الاولى وجدت المخاطرة في التسمية الثانية لانها لا تدري ان الزوج يخرجها اولا وفي المسئلة الثانية لا مخاطرة لان المرأة اما جميلة في نفس الامر واما قبيحة غير ان الزوج لا يعرفها وجهله بصفتها لا يوجب المخاطرة فيصح الشرطان جميعا والمصنف رحمه الله لم يذكر وجوه الاقوال واحالها على باب الاجارة على احد الشرطين ولم يذكر هناك هذه المسئلة وانما ذكر مسئلة الخياطة على ما سيجيء ان شاء الله تعالى ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد اصل هذا ان الضمان الاصلي عند ابي حنيفة رحمه الله مهر المثل وانما يصار الى التسمية اذا صحت من كل وجه ولم تصح في الجهالة وعندهما الضمان الاصلي هو المسمى وانما يصار الى مهر المثل اذا فسدت من كل وجه وههنا ليس كذلك لامكان العمل بالاوكس لكونه متيقنا كما في الخلع والاعتاق على مال على هذا الوجه فان الاوكس في ذلك متعين وما في الكتاب واضح وانما قال في مهر المثل اذ هو الاعدل لانه لا يقبل الزيادة والنقصان لانه قيمة منافع البضع وقيمة الشيء لا يقبل الزيادة والنقصان بخلاف التسمية لانها تقبلهما وقوله الا ان مهر المثل جواب عما يقال اذا كان مهر المثل هو الاعدل كان المصير اليه واجبا في الاحوال الثلث ووجهه انه كذلك الآن مهر المثل اذا كان اكثر من الارفع فالمرأة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة فعملنا

برضاهما وقوله والواجب بالطلاق قبل الدخول جواب عما يقال اذا كان كذلك كان الواجب ان يجب نصف الارفع فيما رضيت فيه بالارفع مهرا لان الواجب في الطلاق قبل الدخول نصف المسمى ووجهه ان الواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله وهو ما تكون التسمية فيه فاسدة المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها عادة فوجب لاعترافه بالزيادة **قوله** واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صورة المسئلة ان يقول تزوجتك على حمار او فرس قال المصنف رحمه الله معنى هذه المسئلة ان يسمى جنس الحيوان دون الوصف يريد انه لم يقل جيدا او وسط او رديء الى غير ذلك من اوصافه ورد بان الفرس والحمار نوع لا جنس واجيب بانه يجوز ان يكون مراده من الجنس اسم الجنس وهو ما علق على شيء وعلى كل ما شبهه ويرد عليه قوله اما اذا لم يسم الجنس بان تزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل فانه اسم جنس بالتعريف المذكور وهو ما علق على شيء وعلى كل ما شبهه ولم تصح به التسمية والحق ان يقال اراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء وهو النوع باصطلاح غيرهم قوله وقال الشافعي رحمه الله يجب مهر المثل واضح وقوله ولنا انه معاوضة مال بغير مال معناه ان في النكاح معنى التزام المال ابتداءً ومعنى المعاوضة اما معنى المعاوضة فظاهر واما معنى التزام المال ابتداءً يعني بغير عوض فلانه معاوضة مال بغير مال فكان كالدية والاقارير حيث يلزم فيهما ايضا مال من غير ان يكون في مقابلة عوض مالي فعملنا بمعني التزام المال ابتداءً وقلنا لا يفسد باصل الجهالة لان الجهالة في مثله متحملة كما في الدية فان الشرع جعل فيها مائة من الابل غير موصوفة وكما في الاقارير فان من اقر للانسان بشيء صح اقراره وعملنا بمعنى المعاوضة وشرطنا ان يكون المسمى مالا معلوم الوسط رعاية لجانب الزوج والمرأة كما وجب في الزكوة ذلك رعاية لجانب الغني والفقير وذلك انما يتصور عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والرديء والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا وسط حينئذٍ لاختلاف معاني الاجناس

الاجناس فانه اذا قال على دابة لم تجد نوعا يتوسط فتلزمه قوله وبخلاف البيع جواب عن قوله ما لا يصلح ثمنا لا يصلح مسمىً في النكاح ووجهه ان مبناه على المضائقة والمماكسة اي المنازعة لانه معاوضة مال ليس فيه معنى التزام المال ابتداءً فيفسد باصل الجهالة اما النكاح فمبناه على المسامحة فلا يفسد بالجهالة ما لم تفحش وقوله وانما يتخير متعلق بقوله والزوج مخير ومعناه ان لكل واحد من الوسط والقيمة جهة اصالة اما القيمة فلان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء واما الوسط فلان التسمية وقعت عليه فيتخير بينهما وتجبر المرأة على القبول بايهما اتى وقوله وان تزوجها على ثوب غير موصوف يعني لم يذكر نوعا منه وقوله اذ الثياب اجناس يعني انها تكون قطنا وكتانا وابريسما وغيرها وقوله وكذا اذا بالغ في وصف الثوب معنى المبالغة فيه هو ان يوصله الى حد يجوز فيه عقد السلم وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي حنيفة رحمه الله ان الزوج يجبر على تسليم الوسط وهو قول زفر رحمه الله لانه بالمبالغة فيه يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز فيه السلم وعن ابي يوسف رحمه الله انه ان ضرب الاجل يجبر على الدفع والّا فلا لانه بضرب الاجل صار نظير السلم ووجه الظاهر ما ذكره انها ليست من ذوات الامثال بدليل ان مستهلكها لا يضمن المثل فصارت كالعبيد وكذا اذا سمّى مكيلا او موزونا وسمّى جنسه مثل ان يقول تزوجتك على كر حنطة او من زعفران ولم يزد على هذا كان الزوج مخيرا بين الوسط وقيمته وان سمى جنسه وصفته لا يخير بل يجبر على الوسط لان الموصوف منهما يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا حالا ومؤجلا ولهذا اجاز استقراضه والسلم فيه **قوله** فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر المثل لان شرط قبول الخمر شرط فاسد معناه ان قوله تزوجتك على خمر بمنزلة قوله تزوجتك بشرط قبولك الخمر وهذا شرط فاسد والنكاح لا يبطل به لان الشرط فيه لا يربوا على ترك التسمية اصلا وذلك لا يفسده فهذا اولى بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط فيه بمعنى الربوا وهو

يفسده وفي قوله بخلاف البيع اشارة الى رد قياس مالك رحمه الله النكاح على البيع فانه قال تسمية الخمر والخنزير تمنع وجوب عوض آخر ولا يمكن ايجاب الخمر والخنزير بالعقد على المسلم فكان كما لو باع عينا بهما وقلنا لما لم تصح التسمية في نفسها لكون المسمى ليس بمال اي ليس بمال متقوّم في حق المسلم لم يمنع وجوب الغير فوجب مهر المثل

قوله فان تزوج امرأة على هذا الدنّ من الخل صورة المسئلة ظاهرة وحاصل اختلافهم ان محمدا رحمه الله مع ابي يوسف رحمه الله في ذوات الامثال في ان الحكم يتعلق بالتسمية دون مهر المثل ومع ابي حنيفة رحمه الله في ذوات القيم في ايجاب مهر المثل دون القيمة ثم الاصل ان المعتبر هو الاشارة عند ابي حنيفة رحمه الله في الفصول كلها والتسمية عند ابي يوسف رحمه الله في الفصول كلها والاشارة في الجنس الواحد والتسمية في الجنسين عند محمد رحمه الله والمصنف رحمه الله قدم دليل ابي يوسف رحمه الله وهو ظاهر ثم ذكر دليل ابي حنيفة رحمه الله وقال فيه لكونها يعني الاشارة ابلغ في المقصود وهو التعريف لان الاشارة بمنزلة وضع اليد على الشيء ويحصل بها كمال التمييز لان الاشارة الى شيء وارادة غيره ممتنعة واما التسمية فمن باب استعمال اللفظ ويجوز اطلاق اللفظ وارادة غير ما وضع له واخّر دليل محمد رحمه الله وكأنّه اشار الى اختياره مذهبه ودليله موقوف على تقديم مقدمتين احدهما ان المراد بالماهية هو الحقيقة من حيث هي وبالذات موجود في الخارج يصح ان يكون مشارا اليه باشارة حسيّة والثانية ان المراد بالجنس ما يكون الفاصل بين آحاده امرا واحدا فيكون التفاوت يسيرا كالعبد والحر والميتة والذكية والذكر والانثى في غير انسان وبالجنسين ما يكون الفاصل بينهما اكثر من ذلك فيفحش التفاوت كالخل والخمر فان الفاصل بينهما الاسم والصفة كالحموضة في الخل والحدة في الخمر والمعنى كالاسكار وعدمه والجارية والعبد فان الفاصل بينهما الاسم والصفة فاذا ظهر هذا فاذا اجتمعت التسمية والاشارة في العقد فان كان المسمى والمشار اليه من جنس واحد كان المعتبر هو المشار اليه

هوالمشار اليه لان التسمية هناك لاتدل على ماهية اخرى وانما تدل على صفة والصفة تتبع الموصوف في الاستحقاق والموصوف موجود في المشار اليه لانه هوالمشار اليه لولا الصفة ولم تعتبر الصفة لتبعيتها وان كانا من جنسين فالمعتبر هو المسمى لان التسمية حينئذٍ تدل على ماهية خلاف المشار اليه فيكون المسمى مثل المشار اليه في استحقاق ان يكون مراداً ولايكون تابعاله لان المقتضي لعدم شيء لايتبعه فيتعارضان في الاستحقاق والتسمية ابلغ في التعريف اذا كانا من جنسين من حيث انها تعرف الماهية والاشارة انما تعرف ذات المشار اليه من غير دلالة على حقيقته هذا الذي سنح لي في حل هذا المحل وازيدك بيانا وهو ان كل موضع دلت التسمية فيه على معنىً تحقق المشار اليه عند ارتفاعه فهو جنس واحد فان صفة كونه عبدا اذا ارتفعت عاد حراً لعدم الواسطة وكذا في الميتة والذكية والذكر والانثى وكل موضع دلت التسمية فيه على معنىً لم يتحقق المشار اليه عند ارتفاعه لوجود الواسطة فهما جنسان فان صفة كونه خلا اذا ارتفعت لايلزمه ان يكون خمراً لجواز ان يكون عصيرا وكذا ارتفاع كونها جارية لا يلزم ان يكون عبدا لجواز ان تكون حرة وعلى هذا اذا تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يعتبر الاشارة والاشارة الى الحر تخرجه عن العقد فكان تسمية العبد الثاني لغوا وكأنه تزوجها على عبد فليس لها الا ذلك ولايجب مهر المثل لانهما لايجتمعان ووجه ابي يوسف رحمه الله ظاهر وكذا وجه محمد رحمه الله لانه في الجنس الواحد يعتبر الاشارة ولوكانا حرين وجب تمام مهر المثل عنده واذا كان احدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل ان كان مهر المثل اكثر من العبد والمصنف رحمه الله ذكر في دليل ابي حنيفة رحمه الله قوله لانه مسمى بناءً على ماذكرنا ان الاشارة ابطلت العبد الثاني وقوله ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل اعترض عليه بما قال قبل هذا ولو تزوجها على الف ان اقام بها الى ان قال وان اخرجها فلها مهر المثل وبما قال في الزيادات ان الرجل اذا تزوج امرأة على الف درهم وعلى

الآن يعتق اباها ثم ان لم يف بالشرط فلها الالف الى تمام مهر مثلها وهذا يدل على ان ذكر المسمى لا يمنع وجوب مهر المثل واجيب بان ذلك الشرط استحق بعقد النكاح ففواته يوجب فوات رضاها فيكمل لها مهر المثل واما الحر فلم يستحق اصلا وبان الوقوف على ما شرط غير ممكن لانه شرط على خطر الوجود فلو لم يجب لها الى تمام مهر المثل لزمها ضرر لا يمكن الاحتراز عنه اما ههنا فيمكن الوقوف على ما اشار اليه قبل النكاح بالتفحص فاو لزمها ضرر لزمها بضرب من تقصيرها **قوله** واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد النكاح الفاسد مثل النكاح بلا شهود ونكاح الاخت في عدة الاخت في الطلاق البائن ونكاح الخامسة في عدة الرابعة ونحوها وكلامه واضح وقوله هو يعتبر بالبيع الفاسد يعني ان القيمة في البيع الفاسد تجب بالغة ما بلغت وان زادت على الثمن فكذلك مهر المثل وان زاد على المسمى لكون كل واحد منهما موجبا اصليا فاذا اعترض الفساد رجع الى الموجب الاصلي ولنا ان المستوفى اي منافع البضع بهذا العقد هو ليس بمال وكل ما ليس بمال ليس بمتقوم فالمستوفى به ليس بمتقوم وانما يتقوم بالتسمية والتسمية غير صحيحة فبطلت ولا بد من تقويم المستوفى من منافع البضع شرعا فصرنا الى ما هو قيمتها في مثل هذا العقد بدون التسمية وهو عقد المفوضة اذا كان صحيحا وذلك مهر المثل فيبطل ما زاد عليه وهذا يقتضي ان لا ينقص من مهر المثل اذا زاد على المسمى لكن الزيادة على المسمى لا تجب لانعدام التسمية اي تسمية الزيادة على المسمى فان قلت ما هذا الا تناقض لانك اسقطت اعتبار التسمية اذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها اذا انقصت منه وهي ان كانت فاسدة يجب شمول العدم وان كانت صحيحة يجب شمول الوجود قلت هي صحيحة من وجه دون وجه صحيحة من حيث ان المسمى مال متقوم لان فرض المسئلة فيه فاسدة من حيث انها وجدت في عقد فاسد فاعتبرنا فسادها اذا زادت وصحتها اذا انقصت لانضمام رضاها اليها وهذا الحل من خواص هذا الشرح وانما

وانما قيدت المستوفى بقولي بهذا العقد لان الكلام فيه ولئلا ينتقض بالمفوضة فان المستوفى هناك
ايضا ليس بمال ولم يتقوم بالتسمية بل بالعقد وقوله بخلاف البيع جواب عن قياس زفر رحمه الله
وهو واضح وقوله وعليها العدة يعني في النكاح الفاسد اذا دخل بها لما ذكرنا ان الخلوة فيه لا تقام
مقام الدخول فلا بد فيه من حقيقة الدخول لوجوب العدة ويعتبر الجماع في القُبُل حتى
يصير مستوفيا للمعقود عليه وقوله الحاقا للشبهة بالحقيقة اي الثابت من وجه بالثابت من كل
وجه في موضع الاحتياط وكأن قوله وتحرزا عن اشتباه النسب تفسير للاحتياط بطريق
العطف ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطئات وقال زفر رحمه الله يعتبر
من آخر الوطئات حتى اذا وطئ في النكاح الفاسد ثم رأت ثلث حيض ثم فرّق القاضي
تعتد عندنا وعنده تكون عدتها منقضية وقوله هو الصحيح احترازعن قول زفر رحمه الله وقوله
لانها تجب باعتبار شبهة النكاح يعني من حيث وجود ركنه من الايجاب والقبول وشبهة
النكاح رفعها بالتفريق وقوله التفريق في موضعين يشير الى انه لا بد من مفرق وليس رفع النكاح
موقوفا على تفريق القاضي بل لكل واحد من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه
عند بعض المشائخ رحمهم الله وعند بعضهم ان لم يدخل بها فكذلك الجواب وان دخل بها
فليس لواحد منهما حق الفسخ الا بمحضر من صاحبه كما في البيع الفاسد فان لكل من المتعاقدين
حق الفسخ بغير محضر من صاحبه قبل القبض وليس له ذلك بعد القبض فاما ان يكون
التفريق بمعنى الرفع والرافع كل واحد منهما واما ان يكون وضع المسئلة فيما اذا رافعا
حكمهما الى الحاكم وقوله ويثبت نسب ولدها ظاهر مما تقدم وقوله وتعتبر مدة النسب
من وقت الدخول عند محمد رحمه الله وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله من وقت النكاح
كما في النكاح الصحيح لان حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح والفتوى على قول محمد رحمه الله
لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه والاقامة باعتباره اي اقامة النكاح مقام الوطئ باعتبار
ان النكاح داع الى الوطئ والنكاح الفاسد ليس بداع اليه فلا يقام مقامه وفي تعليله هذا اشارة

الى فساد قياس ابى حنيفة وابي يوسف رحمهما الله **قوله** ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها اعلم ان مهر مثل المرأة يعتبر بعشيرتها التي من قبل ابيها كالاخوات والعمات وبنات الاعمام وقال ابن ابي ليلى يعتبر بامها وقوم امها كالخالات ونحوها لان المهر قيمة بضع النساء فيعتبر بالقرابات من جهة النساء ولنا قول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها وهن اقارب الاب لانه اضاف اليها وانما يضاف الى اقارب الاب لان النسب اليه ولان قيمة الشيء انما يعرف بالرجوع الى قيمة جنسه والانسان جنس من قوم ابيه لا من جنس قوم امه الا ترى ان الام قد تكون امة والابنة قد تكون قريشية تبعا لابيها ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها بان يكون ابوها تزوج بنت عمه فان امها وخالتها تكونان من قبيلتها وقوله لما بينا اشارة الى قوله قيمة الشيء انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه قوله ويعتبر في مهر المثل ظاهر وقوله باختلاف الدار اي البلد وحاصله ان مهر المثل قيمة البضع وقيمة الشيء انما تعرف بالرجوع الى نظيره بصفته والمراد بالسن السن وقت التزوج واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه يعني اذا زوج الولي ابنته وضمن لها المهر عن الزوج صح لانه من اهل الالتزام وقد اضاف الضمان الى ما يقبل الضمان وهو المهر لان المهر دين والكفالة والضمان يصح ان فيه فان قلت يجوز ان يكون مراده ان الولي زوج ابنه الصغير وضمن عنه المهر للمرأة قلت ينبيء عنه قوله ثم المرأة بالخيار وان كانا في الصحة سواء وذكر في باب الوليمة من شرح الطحاوي ان الاب اذا زوج الصغير امرأة فللمرأة ان تطالب المهر من اب الزوج فيؤدي الاب من مال ابنه الصغير وان لم يضمن الاب باللفظ صريحا بخلاف الوكيل اذا زوج فانه ليس للمرأة ان تطالب الوكيل بالمهر ما لم يضمن وقوله ثم المرأة بالخيار ظاهر وقوله ويصح ابراؤه اي ابراء الاب المشتري وكذلك الوصي ويملك قبضه اي يملك الاب قبض الثمن بعد بلوغ الصغير وقوله وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة جواب عما يقال ان الاب يملك قبض الصداق ايضا كالوكيل يملك قبض الثمن

الدين ولو صح الضمان صار ضامنا لنفسه وذلك لا يجوز هناك فكذلك في الاب **قوله** وللمرأة ان تمنع نفسها اذا تزوج امرأة على مهر فاما ان يكون المهر كلّه معجلا اومؤجلا او بعضه معجلا وبعضه مؤجلا فان كان الكل معجلا فاما ان دخل بها اولم يدخل فان لم يدخل بها فللمرأة ان تمنع نفسها حتى تأخذ المهر كله ولها ان تمنعه عن اخراجها الى السفر ليتعين حقها في البدل وهو المهر كما تعين حقه في المبدل وهو البضع فصار كالبيع في ان البائع له ان يحبس المبيع حتى يأخذ الثمن تسوية بين البدلين في التعيين وليس للزوج ان يمنعها من السفر والخروج عن منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء وان دخل بها فنذكره وان كان الكل مؤجلا فاما ان دخل بها اولم يدخل فان لم يدخل فليس لها ان تمنع نفسها لانها اسقطت حقها بالتأجيل وفيه خلاف ابي يوسف رحمه الله فان موجب النكاح عند الاطلاق تسليم المهر اوّلا عينا كان او دينا فحين قبل الزوج الاجل مع علمه بموجب العقد فقد رضي بتأخير حقه الى ان يوفي المهر بعد حلول الاجل وبه فارق البيع لان تسليم الثمن اوّلا ليس من موجبات البيع لا محالة الا يرى ان البيع لوكان مقابضة لم يجب تسليم احد البدلين اوّلا فلم يكن المشتري راضيا بتأخير حقه في البيع الى ان يوفي الثمن وقوله لاسقاطها حقها بالتأجيل باطلاقه يشير الى انه ليس لها المنع لا قبل حلول الاجل ولا بعده وهو ظاهر الرواية اما قبل الحلول فظاهر واما بعده فلان هذا العقد ما اوجب حق الحبس فلا يثبت بعده وفي هذا الوجه اذا لم يكن لها حق المنع قبل الدخول عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلان لا يكون لها ذلك بعده اولى وقوله وان دخل بها يعني في الوجه الاول فكذلك الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله يعني للمرأة ان تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وقالا ليس لها ذلك اذا كان الدخول برضاها اما اذا كانت مكرهة او صبية او مجنونة فلا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها ان كانت

برضاها فعلى الاختلاف وان كانت بغيره لم يسقط حقها بالاتفاق ويبتني على هذا
استحقاق النفقة يستحقها مدة المنع عنده لانه منع بحق ولا تستحقها عندهما لانها ناشزة لهما
ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطئة الواحدة اوبالخلوة ولهذا يتأكد بها جميع المهر
وتسليمه ينفي حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وقوله وله انها منعت منه جاز ان يكون
مناقضة وتقريره انا لانسلم ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطئة الواحدة فانها منعت منه
ما قابل البدل لان كل وطئة تصرف في البضع المحترم واذا كان كذلك لايتحقق تسليم كله وجاز
ان يكون معارضة وتقريره انها منعت منه ماقابل البدل لان كل وطئة تصرف في البضع المحترم
والتصرف فيه لا يخلو عن البدل ابانة لخطره والمنع عما يقابل البدل صحيح وقوله والتاكيد
بالوطئة الواحدة جواب عن قولهما ولهذا يتأكد بها جميع المهر وهو واضح وان كان بعضه
معجلا وبعضه مؤجلا كان لها ان تخرج قبل اداء المعجل فاذا ادى لم يكن لها ذلك الا باذنه
فان قلت فان سموا المهر ساكتين عن التأجيل والتعجيل ماذا يكون حكمه قلت يجب حالا
وقد اشير الى ذلك في دليل ابي يوسف رحمه الله آنفا فيكون حكمه حكم ما شرط تعجيله واذا
اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ وقيل لا يخرجها
الى بلد غير بلدها وهو قول الفقيه ابي الليث رحمه الله لان الغريب يؤذى قال ظهير الدين
المرغيناني رحمه الله الاخذ بقول الله تعالى اولى من الاخذ بقول الفقيه ابي الليث رحمه الله
ورد بان الفقيه هو الذي اخذ بقول الله تعالى لان قوله تعالى من حيث سكنتم مخصوص
بدليل مستقل مقارن وهو قوله وَلَا تُضَارُّوهُنَّ وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة
سئل ابو القاسم الصفار عمن يخرجها من المدينة الى القرية ومن القرية الى المدينة فقال ذلك
تبوية وليس بسفر واخراجها من بلد الى بلد سفر وليس بتبوية **قوله** ومن تزوج امرأة ثم
اختلفا في المهر هذه المسئلة على وجوه لان الاختلاف اما ان يكون في حيوتهما او تختلف
الورثة بعد مماتهما او يكون بعد موت احدهما فان كان في حيوتهما فاما ان يكون

يكون قبل الطلاق او بعده وكل ذلك على وجهين اما ان يكون الاختلاف في اصل التسمية اوفي مقدار المسمى اما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح اوبعد الفرقة بعد الدخول بعد ال او موت احدهما فالقول قول المرأة الى تمام مهر مثلها اوورثتها والقول قول الزوج اوورثته في الزيادة في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكلامه في تحرير المذاهب ظاهر وقوله هو الصحيح احترازعن قول بعض مشائخنا رحمهم الله في تفسير قول ابي يوسف رحمه الله ان المراد به ما يكون دون العشرة فانه مستنكر شرعا لانه لا مهر اقل من عشرة دراهم والاصح ان مراده ان يدعي شيئا قليلا يعلم انه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة فانه ذكر هذا اللفظ في البيع ايضا اذا اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة فالقول قول المشتري الا ان يأتي بشيء مستنكر وليس في الثمن تقدير شرعا وقوله ولا يصار اليه اي الى مهر المثل وقوله وهو قياس قولهما اي قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وانما خصّهما بالذكر لان عند ابي يوسف رحمه الله القول قول الزوج في جميع الصور وقوله لان المتعة موجبه بعد الطلاق اي موجب العقد اذا كان الطلاق قبل الدخول كمهر المثل قبله اي قبل الطلاق فيحكم بالمتعة بعد الطلاق كمهر المثل وقوله ووجه التوفيق اي بين رواية الجامع الكبير وبين روايتي المبسوط والجامع الصغير وهو واضح وقوله فالقول قوله يعني مع يمينه لان الاصل في الدعاوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وان نكل يقضى عليه بالفي درهم كما واقر لان النكول اقرار وان كان الغين فالقول قولها اي مع يمينها لان الزوج يدعي عليها الحط وهي تنكر فان نكلت يقضى بالف درهم لانها اقرّت بالحط وان حلفت يقضى لها بالفي درهم الف بطريق التسمية لاتفاقهما على تسمية الالف والف باعتبار مهر المثل وفائدة هذا انه يخير الزوج في هذا الالف ان شاء اعطى الدراهم وان شاء اعطى الدنانير وايهما اقام البينة في الوجهين اي فيما اذا شهد مهر المثل للزوج وفيما اذا شهد مهر المثل للمرأة تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول وهو ما اذا كان

مهر المثل شاهدا للزوج تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان
مهر المثل شاهدا للمرأة تقبل بينته لانها تثبت الحط والاصل في هذا هو ان البينة تثبت
ما ليس بثابت ظاهرا وان كان مهر مثلها الفا وخمسمائة تحالفا لان الزوج يدعي عليها الحط
عن مهر المثل وهي تنكر والمرأة تدعي عليها الزيادة وهو ينكر وينبغي ان يقرع القاضي بينهما في
البداية لاستوائهما فان نكل الزوج يقضي بالف وخمسمائة كما لو اقر بذلك صريحا وان نكلت
المرأة وجب المسمى الف لانها اقرت بالحط وان حلفا جميعا وجبت الف وخمسمائة الف
بطريق التسمية لا يخير الزوج فيها لاتفاقهما على تسمية الالف وخمسمائة باعتبار مهر المثل
يخير فيها الزوج وايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما يقضي بالف وخمسمائة الف بطريق
التسمية وخمسمائة باعتبار مهر المثل لان البينتين بطلتا لمكان التعارض ونص محمد رحمه الله
في هذا الفصل ان بينة المرأة اولى لاثباتها الزيادة وذكر الامام المحبوبي بعد ذكر وجوب
مهر المثل فيما اذا تحالفا فقال ثم اذا تحالفا يبدأ بيمين الزوج لانه بينهما انكارا وان اقاما البينة
فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة والبينة مشروعة للاثبات وهذا تخريج الرازي رح وقال
الكرخي رحمه الله يتحالفان في الفصول الثلثة على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وهو ان يكون مهر المثل شاهدا له او شاهدا لها او كان بينهما ثم يصار الى مهر المثل
لانهما اتفقا على اصل التسمية والتسمية الصحيحة تمنع المصير الى مهر المثل واذا حلفا
تعذرت التسمية فيحكم بمهر المثل قيل قول ابي بكر رحمه الله اصح لان تحكيم المهر ليس
لايجاب مهر المثل وانما هو لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوى ان القول قول
من يشهد له الظاهر مع يمينه ولو كان الاختلاف في اصل المسمى بان ادعى احدهما
التسمية وانكر الآخر كان القول قول من ينكر التسمية ويجب مهر المثل بالاجماع المركب اما
عندهما فلانه الاصل في التحكيم واما عند ابي يوسف رحمه الله فلانه تعذر القضاء بالمسمى
لعدم ثبوت التسمية للاختلاف فيجب مهر المثل وكما لو تزوجها ولم يسم لها مهرا ولو كان

ولوكان الاختلاف بعد موت احدهما بين الحي و ورثة الميت فالجواب فيه كالجواب في حيوتهما في الاصل والمقدار في الاصل يجب مهر المثل بعد الدخول والمتعة قبله وفي المقدار عندهما يحكم مهر المثل لان مهر المثل لا يسقط بموت احدهما الا يرى الى مسئلة المفوضة اذا مات احدهما وعنده قول الزوج او ورثته لما تقدم ولوكان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يستثنى القليل خلافا لابي يوسف رحمه الله فانه يستثنيه كما تقدم وعند محمد رحمه الله الجواب فيه كالجواب في حالة الحيوة يحكم مهر المثل وهو قياس قول ابي حنيفة رحمه الله لكنه تركه استحسانا لما يذكره وان كان الاختلاف بعد موتهما في اصل المسمى فعند ابي حنيفة رحمه الله القول قول من انكره لا يحكم مهر المثل وقوله لما نبينه من بعد اشارة الى دليل ابي حنيفة رحمه الله في المسئلة التي تلي هذه المسئلة واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان يأخذوا ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه اي معنى قوله لورثتها المهر في الوجهين المسمى في الوجه الاول وهو ما اذا سمى ومهر المثل في الوجه الثاني وهو ما اذا لم يسم اما الاول وهو وجوب المسمى فلان المسمى دين في ذمته اما لثبوته بالبينة او بالتصادق وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته اذا علم انهما ماتا معا او لم يعلم ايهما مات اولا وعلم ان الزوج مات اولا واما اذا علم انها ماتت اولا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما وهو قياس قوله لكن استحسن فقال ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل وهذا يشير الى ان وضع المسئلة في صورة التقادم وقد روي عنه انه استدل فقال ارأيت لو ادعى ورثة علي رضي الله عنه على ورثة عمر رضي الله عنه مهر ام كلثوم اكنت اقضي فيه بشيء وهذا لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد وانقرض

اهل ذلك العصر يتعذر على القاضي الوقوف على تعيين مهر المثل وعلى هذا اذا لم يكن العهد متقادما بان لم يختلف مهر مثل هذه المرأة يقضى به مهر مثلها وللمشائخ طريق آخر وهو ان مهر المثل من حيث انه قيمة البضع يشبه المسمى ومن حيث انه يجب في مقابلة ما ليس بمال يشبه الصلة كالنفقة فباعتبار الشبه الاول لم يسقط فلا يسقط بموت احدهما وباعتبار الشبه الثاني يسقط فيسقط بموتهما لان المسقط تأكد بالموت ومن بعث الى امرأته شيئا ظاهر وقوله فالقول قوله اي مع اليمين فان حلف والمتاع قائم فللمرأة ان ترد وترجع بما بقي من المهر وان كان هالكا لم ترجع وقوله لما بينا اشارة الى قوله وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب وقوله وقيل ما يجب عليه انما قيد بالوجوب لانه اذا بعث الخف والمرأة كان له ان يحتسب من المهر لان ذلك لا يجب عليه وقوله وغيره قيل كمتاع البيت *

فصــــــــل

لما ذكر احكام النكاح في حق المسلمين وهم الاصول في الشرائع ذكر من هو تبع لهم في المعاملات ومن المعاملات احكام النكاح في الكفار واذا تزوج النصراني نصرانية قيل المراد بهما الذمي والذمية ولهذا ذكر في المبسوط بلفظ الذمي واقول يجوز ان يكون اطلاقه يتناول المستأمن ايضا وذلك في دينهم اي النكاح بغير مهر في دينهم جائز والواو للحال فليس لها مهر ان اسلما وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا اي عدم وجوب المهر في الذميين والحربيين عند ابي حنيفة رحمه الله ووافقاه في الحربيين واما في الذمية فان دخل بها او مات عنها فلها مهر مثلها وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وخالفه زفر رحمه الله في الحربيين ايضا وقال ان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال بقوله تعالى ان تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم وهذا الشرع وقع عاما لان النكاح من باب المعاملات والكفار مخاطبون بالمعاملات فيثبت الحكم على العموم وحاصل كلامه المشروع في باب النكاح ابتغاؤه

ابتغاؤه بالمال على العموم وكل ما كان كذلك يثبت حكمه على العموم وقالا اهل الحرب
لم يلتزموا احكام الاسلام وهو ظاهر فلا يكون الحكم عليهم الا بالالتزام ولا الزام الا
بالولاية وقد انقطعت الولاية بتباين الدارين بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا
فيما يرجع الى المعاملات لان الالتزام بعقد الذمة وقد وجد منهم فكان كالربا والزنا
فانهم ينهون عن ذلك ويقام عليهم الحد ولئن سلمنا انهم لم يلتزموا ولكن ولاية الالزام
متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة رحمه الله ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات
كالصوم والصلوة وفيما يعتقدون خلافه من المعاملات ايضا كبيع الخمر والخنزير وولاية
الالزام بالسيف او بالمحاجة وليست بموجودة لانقطاعها عنهم بعقد الذمة فانا امرنا بان
نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب في عدم الالتزام وانقطاع الولاية وقوله بخلاف
الزنا جواب عن قولهما كالزنا والربوا ووجهه ان الزنا حرام في جميع الاديان فلم يكن دينهم
حتى يتركوا عليه والربوا مستثنى عن عقودهم لقوله صلى الله عليه وسلم الامن اربى فليس
بيننا وبينه عهد الا حرف تنبيه لا حرف استثناء كذا السماع والنسخ قوله وقوله في الكتاب
اي قول محمد رحمه الله في الجامع الصغير وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان يعني
عن ابي حنيفة رحمه الله في رواية يجب مهر المثل كما قالا وفي رواية لا يجب شيء وعلى
هذه الرواية لا يحتاج الى فرق واما على الرواية الاخرى وهو رواية الاصل فيحتاج الى الفرق
بين النفي والسكوت وهو ان النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص عليه بمنزلة اشتراط
العوض كالتنصيص على البيع بين المسلمين فما لم يوجد التنصيص على نفي العوض
يكون العوض مستحقا لها واما الميتة فانها ليست بمتقومة عند احد فكان التزوج عليها كالنفي
وهو مختار فخر الاسلام رحمه الله من الروايتين ووجه الرواية الاخرى ان احدا لما
لم يتدين تقومها لم يدخل تحت قوله صلى الله عليه وسلم اتركوهم وما يدينون فيجب
حكم الشرع والاصح ان الكل على الخلاف عنده لا يجب شيء وعندهما يجب مهر المثل

وقوله فان تزوج الذمي ذمية ظاهر وقوله وهذا كله اي كل ما ذكر وهو ما كانا معينين أو غير معينين عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابويوسف رحمه الله لها مهر المثل في الوجهين اي في المعين وغير المعين وقال محمد رحمه الله لها القيمة في الوجهين وجه قولهما انما جمع بين قولهما وان كانا مختلفين فيما بينهما حيث قال ابو يوسف رحمه الله فيهما بمهر المثل ومحمد رحمه الله قال فيهما بالقيمة ومهر المثل غير قيمة الخمر والخنزير لانهما يتفقان في ان لا يوجبا عين الخمر والخنزير فان القبض مؤكد للملك في المقبوض ولهذا ينصف الصداق بالطلاق قبل الدخول اذا لم يكن مقبوضا وبعد القبض لا يعود الى ملك الزوج شيء الا بالرضاء او القضاء فاذا مر يوم الفطر والصداق عبد غير مقبوض ثم طلقها قبل الدخول بها لا يجب صدقة الفطر عليها بخلاف ما بعد القبض ولا تجب الزكوة عليها عند ابي حنيفة رحمه الله في المهر قبل القبض بخلاف ما بعده والمؤكد للملك شبيه بالعقد لافادته ما لم يكن فيمتنع القبض بسبب الاسلام كما لو كان ابتداء التمليك بالعقد بعد الاسلام الحاقا لشبهة العقد بحقيقته في المحرمات وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما لان القبض فيه كالقبض فيما اذا كانا بغير اعيانهما في افادة ما لم يكن والقبض فيما اذا كانا بغير اعيانهما يمنع تسليم انفسهما فكذلك فيما اذا كانا باعيانهما كالعقد واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابويوسف رحمه الله يقول لو كانا مسلمين وقت العقد وجب مهر المثل فكذلك ههنا ووجه محمد رحمه الله ظاهر ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه ولو هلك هلك على ملكها وكل ما يتم بنفس العقد لا يحتاج فيه الى القبض للتملك وبالقبض ينتقل الملك من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك اي الانتقال لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوبة واما في الصداق الغير المعين فالعقد فيه لا يتم به الملك لانه يفيد وجوب الدين في ذمته والقبض يوجب ملك العين فيمتنع بالاسلام من تملك الخمر والخنزير وقوله بخلاف المشتري متصل بقوله ان الملك في الصداق المعين

المعين الى آخره يعني بخلاف ما اذا باع الخمر والخنزير او اشترى ثم اسلم قبل القبض فانه لا يجوز له القبض بل ينفسخ العقد لان المبيع يستفاد ملك التصرف فيه بعد القبض لا قبله والاسلام مانع منه وقوله واذا تعذر القبض في غير المعين ظاهر وقوله ولو طلقها الى آخره يعني قول ابي حنيفة رحمه الله في العين لها نصف العين وفي غير العين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير لها المتعة لان مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول بل في كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق فالواجب المتعة بعد الطلاق وعند ابي يوسف رحمه الله لها المتعة على كل حال وعند محمد رحمه الله لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل حال والله اعلم بالصواب *

باب نكاح الرقيق

لما فرغ من بيان نكاح من له اهلية النكاح من غير توقف من المسلمين وغيرهم شرع في بيان نكاح من ليس له ذلك وهو الرقيق والرقيق المملوك يطلق على الواحد والجمع لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما اما الامة فظاهر لان منافع بضعها ملك المولى فلا يصح العقد عليها بدون اذنه واما العبد ففيه خلاف مالك رحمه الله فانه يجوز نكاحه بدون اذنه لانه يملك الطلاق وهو ظاهر وكل من يملك الطلاق يملك النكاح لان الطلاق بسبب النكاح ومن ملك شيئا ملك سببه الموصل اليه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر رواه ابوداود واخرجه الترمذي وقال هذا حديث حسن ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما ولهذا اذا اشترى عبدا او امة فظهر تزوجهما جازله ان يرده فليس لهما تعييب انفسهما رعاية لحق المولى فلا يملكانه بدون اذنه وفي هذا التعليل جواب لمالك رحمه الله فان الطلاق ازالة العيب فلا يلزم من جواز ازالته للعيب جواز تعييبهما انفسهما واستشكل بجواز اقراره بالحدود والقصاص فان وجوب قطع اليد

في السرقة ووجوب القصاص عيب فيهما على قولهما واما على قول ابي حنيفة رحمه الله فبمنزلة الاستحقاق وهو ايضا اقوى العيوب فكيف جاز ذلك واجيب بان الرقيق في حقوق الله باق على حريته والرق لا يؤثر فيها فان لزم من ذلك تعييب فهو ضمني لا معتبر فيه وموضعه الاصول وقوله وكذا المكاتب ظاهر وقوله لما بينا يعني قوله لانه من باب الاكتساب وقوله فالمهر دين في رقبته يباع فيه لما عرف في الاصول ان ذمته قد ضعفت بالرق فيضم اليها مالية الرقبة واستدل المصنف رحمه الله بقوله لان هذا دين وجب في رقبته وهو دليل قوله يباع فيه دون ما قبله لئلا يلزم المصادرة على المطلوب وتقريره هذا دين وجب في رقبته وكل دين وجب في الرقبة تباع الرقبة فيه اما انه وجب فلتحقق المقتضي وهو وجود السبب من اهله وانتفاء المانع وهو حق المولى لصدور الاذن من جهته واما انه وجب في الرقبة فلدفع المضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة فتباع الرقبة في المهر كما تباع فيه وقوله دفعا للمضرة عن اصحاب الديون يعني النساء وقوله فليس هذا باجازة لانه اي قوله طلقها او فارقها يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة الا يرى انه لو قال في النكاح الفاسد طلقتك كان متاركة واذا احتمل الامرين رجحنا جهة المتاركة لانه اليق بحال العبد المتمرد وقوله اوهو اي الرد ادنى لانه دفع والطلاق رفع والدفع اسهل من الرفع فكان الحمل عليه اولى فان قيل قوله طلقها حقيقة في ايقاع الطلاق المعروف ومجاز في المتاركة والعمل بالحقيقة يمكن فكيف صير الى المجاز اجيب بان الحقيقة قد تترك بدلالة الحال وهذا كذلك وهي الافتيات على رأي المولى وان قال طلقها تطليقة رجعية او تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فيتعين الاجازة فان قيل اذا قال المولى لعبده كفر يمينك بالمال او تزوج اربعا من النساء لا يثبت به العتق وان كان التكفير بالمال وتزوج الاربع من النساء لا يكون الا بعد الحرية اجيب بان ما كان اصلا في اثبات الاهلية للتصرفات الشرعية لا يثبت اقتضاءً

اقتضاء كالايمان في خطاب الكفار بالشرائع كما عرف في الاصول وفي اثبات الاعتاق ذلك بخلاف ما نحن فيه فان النكاح ليس باصل في اثبات الاهلية لها **قوله** ومن قال لعبده تزوج هذه الامة صورة المسئلة والاصل المذكور ظاهران وتقييده بالاشارة والامة اتفاقي فان الحكم في غير المعينة وفي غير الاماء كذلك ويبتني على هذا الاصل المذكور حكمان احدهما ما ذكره انه يباع في المهر عنده ولا يباع عندهما والثاني انه اذا تزوجها بوصف الصحة بعد ذلك لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله لانتهاء الاذن بالعقد الاول ويصح عندهما ووجه الجانبين على الوجه المذكور في الكتاب ظاهر وانما قيد بالمستقبل لانه لو حلف انه ما تزوج امرأة في الماضي وقد كان تزوج صحيحا او فاسدا حنث في يمينه كذا في المبسوط وقوله كما في البيع يعني انه اذا امره بالبيع مطلقا يتناول الجائز والفاسد وقوله على هذه الطريقة يريد طريقة اجراء اللفظ المطلق على اطلاقه ولئن كان قول الكل فالعذر لابي حنيفة رحمه الله ان مبنى الايمان على العرف ومن زوج عبدا مأذونا له مديونا امرأة جاز والمرأة اسوة للغرماء اذا كان النكاح بمهر المثل لما ذكر بقوله ووجهه وتقريره لان المقتضي موجود وهو ولاية المولى لتحقق سببها وهو ملك الرقبة والمانع وهو ملاقاة النكاح حق الغرماء بالابطال مقصودا منتف واذا تحقق المقتضي وانتفى المانع ثبت الحكم البتة وانما قال مقصودا لان المانعية انما يتحقق بذلك واما اذا كان ضمنا فلا معتبر به وههنا كذلك لان محلية النكاح بالآدمية وحق الغرماء لا يلاقيها لكن اذا صح النكاح بولاية المولى تحصينا للملك وجب الدين بسبب لا مرد له لعدم انفكاك النكاح عن ثبوت المال فكان كدين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة فهي في مهر مثلها اسوة للغرماء واما اذا كان اكثر منه فلا تساويهم بل يؤخر الى استيفاء حقهم كدين الصحة مع دين المرض **قوله** ومن زوج امته بوأت للرجل منزلا وبوأته منزلا اي هيأته ومكنت له فيه ومن زوج امته فليس عليه ان يبوأها اي يهيئ بيتا للزوج يبيت اليها لكنها تخدم

المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها وانما يقال ذلك ليتحقق التسليم وكلامه واضح وحاصله ان حق المولى ثابت في الرقبة والمنافع سوى منفعة البضع وحق الزوج انما هو فيها ولا يلزم ابطال الكثير للقليل مع امكان تحصيله من غير ابطال الكثير فله ان يبوأها وان لا يبوأها وان يستخدمها بعد التبوية لكنه تسقط نفقتها لما اشار اليه بقوله لان النفقة تقابل الاحتباس فان قيل انتفاء الاحتباس انما هو لبقاء حق المولى في الاستخدام ومثل ذلك لا يسقط النفقة كالحرة اذا حبست نفسها عنه لاستيفاء الصداق اجيب بان الحرة اذا حبست نفسها لذلك فالتفويت من قبل الزوج بامتناع ايفاء ما التزمه وههنا ليس من جهة الزوج بل من جهة من له الحق وهو المولى فكانت كالمحبوسة بالدين لا نفقة لها فان بوأها معه بيتا فولدت من الزوج لم يكن عليه نفقة الولد لانه مملوك لمولاها ونفقة المملوك على المالك وقوله وذكر تزويج المولى يعني ذكر محمد رحمه الله في الجامع الصغير تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا راجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح ومعنى الاجبار ان المولى لو باشر النكاح بدون رضاهما نفذ وقوله لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان يعني انه اذا وجد ربما يقع الحد مهلكا او جارحا ففي الاول هلاك ماله وفي الثاني نقصانه فانه اذا اشترى عبدا قد حد في الزنا فله ان يرده فيملكه الانكاح جبرا اعتبارا بالامة والجامع قيام سبب الولاية وهو ملك الرقبة وتحصين ملكه عن الزنا الموجب للهلاك او النقصان وليس المناط في جواز نكاح الامة جبرا بملك منافع بضعها لانه لا يطرد مع الاجبار ولا ينعكس فان الزوج يملك منافع بضع المرأة ولا يقدر على تزويجها والولي يملك تزويج الصغيرة ولا يملك منافع بضعها فكان التعليل به فاسدا فان قيل لو كان الاجبار باعتبار تحصين الملك لجاز في المكاتب والمكاتبة ولم يجز اجاب بقوله بخلاف المكاتب والمكاتبة فان الملك لما كان فيهما ناقصا بواسطة تملكهما اليد التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما وههنا فرع لطيف وهو ان المولى

ان المولى اذا زوج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على اجازتها لانها ملحقة بالبالغة فيما يبتني على المكاتبة ثم انها لو لم ترد حتى ادت بدل الكتابة فعتقت بقي النكاح موقوفا على اجازة الولي لا على اجازتها لانها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهي صغيرة والصغيرة ليست من اهل الاجازة قال في النهاية وهذه من الطف المسائل واعجبها حيث اعتبر اجازة المكاتبة في حال رقها ولم تعتبر في حال العتق لما ذكرنا من الفرق ومن زوج امته فماتت قبل الدخول بها فان ماتت حتف انفها فعلى الزوج المهر بالاتفاق وان قتلها اجنبي فكذلك وان قتلها مولها فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله لا مهر عليه للمولى وقالا المقتول ميت باجله عندنا اي عند اهل الحق فلا فرق بين الصور الثلث وله ان المولى منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة تجازى بمنع البدل عند عدم تسليمها المبدل وفي قوله يجازى اشارة الى الجواب عما يقال الصغيرة اذا ارتضعت من ام زوجها او المجنونة اذا قبلت ابن زوجها بشهوة قبل الدخول منعتا المبدل قبل التسليم حيث بانتا منه ولم يسقط المهر وذلك لانهما ليستا من اهل المجازات ونوقض بالصغيرة العاقلة اذا ارتدت قبل الدخول تجازى بسقوط المهر فلم تناف الصغيرة المجازات واجيب بان ترك مجازات الصغيرة انما يكون على افعال غير محظورة في حقها والردة محظورة اذا كانت عاقلة بدليل انها تحرم عن الميراث بسببها وتستتاب بالحبس وقوله والقتل في حق احكام الدنيا جواب عن قولهما لان الميت مقتول باجله وان قتلت حرة نفسها قبل الدخول بها فلها المهر خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره بالردة وبقتل المولى امته لما بينا من الجامع انه منع المبدل قبل التسليم وقوله ولنا ان جناية المرء ظاهر وقوله حتى يجب الكفارة عليه يعني اذا قتلها خطاء وكذلك يجب الضمان على المولى ان كان عليها دين **قوله** واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى في هذه المسئلة دلالة على جواز العزل وسئل ابن مسعود رضي الله عنه فقال لا بأس به ولو ان الله تعالى اخذ ميثاق

نسمة فلو القيتها في صخرة تخلق فيها وروى ابو سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله وهو ثلثة اقسام عزل عن امته المملوكة له ولا اذن فيه الى احد وعزل عن المرأة الحرة والاذن في العزل اليها وهذان بالاتفاق وعزل عن الامة المنكوحة وفي تعيين الاذن اختلاف كما ذكره في الكتاب وهو واضح وان تزوجت باذن مولاها او زوجها مولاها ثم اعتقت فلها الخيار ان شاءت اقامت معه وان شاءت فارقته سواء كان زوجها حرا او عبدا وقال الشافعي رحمه الله ان كان عبدا فلها الخيار وان كان حرا فلا خيار لها واستدل على ذلك بما روي ان عايشة رضي الله عنها لما ارادت ان تعتق مملوكين لها متناكحين سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فأمرها بالبداءة بالغلام قال وانما امرها بذلك لئلا يثبت لها الخيار ولان الخيار فيما اذا كان عبدا لعدم الكفاءة وهي موجودة في الحر ولنا ان عايشة رضي الله عنها اعتقت بريرة رضي الله عنها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين الحر والعبد وانما قال فالتعليل لانه من باب قوله سهى فسجد فالشافعي رحمه الله محجوج به فان قيل روى صاحب السنن باسناده الى عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه عن عايشة رضي الله عنها ان بريرة رضي الله عنها خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبدا وروى ايضا باسناده الى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما ان زوج بريرة كان عبدا اسود يسمى مغيثا فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم وامرها ان تعتد فانى يكون الشافعي رحمه الله به محجوجا قلت روى البخاري ومسلم وابو داؤد رضي الله عنهم ايضا والنسائي والترمذي وابن ماجة واحمد رضي الله عنهم ان بريرة اعتقت وزوجها حر واذا تعارضت الروايتان تركناهما وصرنا الى ما يدل عليه لفظ الحديث على ما ذكرنا فكان محجوجا به وقد سلكنا مسلك الترجيح في التقرير بان المثبت اولى من النافي فليطلب ثم وقوله ولانه يزداد الملك دليل معقول وقد تقدم بيانه ورد بان

بان عدة الطلاق عنده معتبرة بالرجال فلا يزيد عليها الملك اذا كان الزوج حراً واجيب
بان كونها معتبرة بالنساء ثابت بدليل قوي على ما سيجيء فيلزم عليها الزيادة اذا
اعتقت وان كان حرا ولا نسلم ان امره صلى الله عليه وسلم بالبداءة بالغلام لذلك وانما
كان لاظهار فضيلة الرجال على النساء فانها لو اعتقهما معا لثبت الخيار ايضا عنده وليس
ثبوت الخيار في العبد لعدم الكفاءة فان الكفاءة شرط في الابتداء دون البقاء الاترى ان الزوج
ان اعتق حتى خرج من كفاءتها لم يكن لها خيار وانما الخيار لزيادة الملك عليها ولا فرق
في ذلك بين الحر والعبد وكذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت
كان لها الخيار سواء كان الزوج حرا او عبدا لزيادة الملك عليها وقال زفر رحمه الله لاخيار لها
لان ثبوت الخيار في الامة لنفوذ العقد بغير رضاها وسلامة المهر لمولاها وهذا غير موجود
ههنا فان المهر لها والنكاح ما نفذ الا برضاها ودليلنا فيه ظاهر مما تقدم وان تزوجت امة
بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح ولا خيار لها اما صحة النكاح فلوجود المقتضي
لصدور الركن الذي هو الايجاب والقبول من اهله لكونها من اهل العبارة وانتفاء المانع
لان امتناع النفوذ كان لحق المولى وقد زال واما عدم الخيار فلان النفوذ بعد العتق فلا يتحقق
زيادة الملك كما لو زوجت نفسها بعد العتق والحكم في العبد كذلك وانما خص الامة
بالذكر ليبني المسئلة المتعلقة بالمهر عليها لانها لا تتأتى في حق العبد ويجوز ان يكون
تخصيصه بالامة لتفريع مسئلة الخيار عليها لانه يختص بالاماء دون العبيد وقوله فان كانت
تزوجت بغير اذنه ظاهر وانما قال في صورة المسئلة بان المسمى الف ومهر المثل مائة
ليعلم ان المسمى وان زاد على مهر المثل فهو للمولى اذا كان الدخول قبل العتق وكان
ينبغي ان يكون ما يوازي مهر المثل للمولى وما زاد للمرأة لان مهر المثل قيمة البضع
من كل وجه دون الزائد عليه والبضع ملك المولى فكان قيمته له لا الزائد على قيمة ملكه
وجوابه ما ذكر في الكتاب بقوله والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند

الى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى للمولى ان اعتقها بعد الدخول وللامة ان اعتقها قبله فان قيل كيف يستند الجواز الى وقت العقد والمانع عن الاستناد قائم لان المانع عن الجواز هو الملك والملك قد زال بالعتق مقتصرا الا يرى ان الامة اذا حرمت حرمة غليظة على زوج كان لها قبل ذلك وتزوجت بغير اذن المولى فدخل بها فاعتقها المولى لا تحل على زوجها الاول باعتبار ان العقد غير معتبر في حق هذا الدخول الذي كان قبل العتق اجيب بان ما ذكرته قياس فان القياس هو ان يلزمه مهران مهر بالدخول قبل نفاذ النكاح وهو مهر المثل ومهر بالنكاح وهو المسمى لما ذكرت من وجود المانع عن الاستناد الا انهم استحسنوا فقالوا يلزمه مهر واحد وهو المسمى وقت العقد لانه لو وجب مهر بالدخول لوجب بحكم العقد اذ لولاه لوجب الحد فكان المهر واجبا بالدخول مضافا الى العقد فايجاب مهر آخر بالعقد جمع بين المهرين بعقد واحد وهو ممتنع وهذا كما ترى لا يجدي لان المانع من الاستناد على ما ذكره السائل لم يزل والاولى ان يقال ليس المانع من الجواز في الاستحسان الملك وانما الحاجة الى الصيانة عن الاضرار بالمولى فمتى اعتقها المولى فقد خلا هذا النكاح عن الاضرار بالمولى من وقت وجوده فيثبت الجواز من ذلك الوقت وظهر من هذا قوله ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطئ في نكاح موقوف الى آخره واجيب عن عدم زوال الحرمة الغليظة بان امتناع حلها على زوجها الاول انما كان لان الاستناد يظهر في القائم لا في المتلاشي والمستوفى بالوطئ متلاش فان قيل القول بالاستناد ينتقض بالمسئلة الثانية وهي قوله ان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها ولو استند الجواز الى اصل العقد يجب ان يكون المهر للمولى كما لو تزوجت باذن المولى ولم يدخل بها الزوج حتى اعتقها اجيب بان حكم الاستناد يظهر فيما لا يختلف مستحقه لا فيما يختلف وههنا يختلف لان المستحق زمان الثبوت هو الامة وزمان العقد هو المولى ولما كان المستحق زمان الثبوت هو الامة امتنع استناد هذا الاستحقاق الى

الى زمان العقد لانه لواستند هذا الاستحقاق الى زمان العقد يبطل هذا الاستحقاق زمان الثبوت فيبطل الاستناد من حيث يثبت **قوله** ومن وطئ امة ابنه ومن وطئ جارية ابنه فولدت منه ولدافهي ام ولدله وعليه قيمتهادون المهر وانما قال ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب لان محمدا رحمه الله لم يذكر الدعوة في الجامع الصغير ووجهه ان للاب ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء لما روت عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ولدالرجل من كسبه فكلوامن اموالهم وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان اولادكم من اطيب كسبكم فكلوا من كسب اولادكم وغير ذلك وكل من له ولاية تملك مال الابن للحاجة الى البقاء فله ولاية تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء فان قيل لوكان صيانة الماء لبقاء النفس لما وجب عليه القيمة كما في الطعام اجاب بقوله غيران الحاجة الى بقاء نسله دونها الى بقاء نفسه ولهذا لا يجبر الولد على اعطاء الجارية والده للاستيلاد لكونه غيرضروري فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة فان عورض بان الاستيلاد يعتمد الملك كما في المملوكة اوحق المالك كما في المكاتبة وليس شئ من ذلك بموجود اجاب بقوله ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطاله اذ المصحح يعني للاستيلاد اما حقيقة الملك اوحقه على ماذكرنا وكل ذلك غيرثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها ولابد من تقديمه لانه بعد ماعلق الولد احتاج الاب الى صيانته عن الضياع وذلك بثبوت النسب ولا ثبوت له بدون ذلك فقدم اقتضاء تقديم الشرط على المشروط واذا قدم كان الوطئ واقعا في ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفروالشافعي رحمهما الله يجب المهرلانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد فانه سقط الاحصان بهذا الوطئ ولوكان في الملك لما سقط وحد قاذفه وقاساه بالجارية المشتركة فانه اذا استولدها وجب عليه العقر والمسئلة معروفة يعني في شروح الجامع الصغير وغيرها ان الملك عندنا يثبت قبيل الاستيلاد

شرطا وعنده بعده حكماله والذي ذهبنا اليه هو الصواب لانا قد اتفقنا على ان استيلاد الاب جارية ولده صحيح ومن شرط صحته وقوع الوطئ في الملك حتى لو خلا عنه اصلا لم يصح كما في جارية الاجنبي فلابد من تقديمه صيانة لفعله عن الحرمة وصيانة للولد عن الرق وعورض بان الجارية المشتركة بين الاب والابن اذا ولدت فادعاه الاب يثبت النسب ويجب العقر مع قيام نوع من الملك وذلك يدل على ان الملك لم يثبت سابقا على الوطئ وبانه اذا وطئها غير معلق وجب العقر ولو ثبت الملك قبله لما وجب وبانه اذا قذفه انسان لا يحد ولو ثبت الملك قبله لحد واجيب عن الاولى بانا نقدم الملك احترازا عن وقوع الاستيلاد في غير الملك حكما وفي تلك المسئلة نوع من الملك قائم فلا يحتاج الى تقديمه وعن الثانية بان اثبات الملك بصفة التقدم كان لصيانة فعله عن الحرمة وصيانة الولد عن الرق وهذا المجموع ليس بموجود ههنا وعن الثالثة بان تقدم الملك اجتهادي فكان فيه شبهة يندرء بها الحد ولو كان الولد زوج جاريته اباه فولدت لم تصر ام ولدله ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لانه صح التزويج عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان للاب حق الملك في مال ولده حتى لو وطئ جاريته عالما بحرمتها عليه لم يلزمه الحد وكل من له حق الملك في جارية لا يجوز تزوجه اياها كالمولى اذا تزوج امة من كسب مكاتبه ولان حق الملك في مال ولده اظهر الا يرى ان الاستيلاد في جارية الابن صحيح واستيلاد المولى امة مكاتبه غير صحيح ولنا ان امة الابن خالية عن ملك الاب لان الابن ملكها من كل وجه بدلالة حل الوطئ ونفاذ العتق وصحة البيع والرهن والهبة فمن المحال ان يملكها الاب بوجه من الوجوه والا لما كان الابن ملكها من كل وجه وذلك خلف باطل وكذلك يملك الابن من التصرفات مالا يبقى معه ملك الاب لو كان فدل ذلك على انتفاء ملكه وقوله الا انه يسقط الحد الشبهة جواب عن قول الخصم لو وطئ جاريته عالما بحرمتها عليه لم يحد ولم يذكره في الكتاب

في الكتاب واذا كان خاليا عن ملكه صح النكاح واذا صح النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين لعدم الحاجة اليه فلا تصير ام ولد له وقال زفر رحمه الله تصير ام ولد له لانه لو استولدها بالفجور صارت ام ولد له فاذا استولدها بنكاح او شبهة نكاح اولى ان تصير ام ولد له ولنا ان ما ذكرنا ان ماءه صار مصونا بالنكاح فلا يحتاج الى ملك اليمين لان اثباته لم يكن الا لصيانة الماء وقوله ولا قيمة عليه فيها ظاهر وقوله واذا كانت الحرة تحت عبد واضح الالفاظ ننبه عليها قوله لصحة العتق عنه اي عن الآمر وقوله اعتق طلب التمليك منه تقديره اعتق عبدك الذي هو لك في الحال عند بيعك لي اياه بطريق الوكالة مني فيكون امرا باعتاق عبد الآمر عنه وقوله اعتقت يكون بمعنى قوله بعت منك واعتقته عنك فان قيل لو صرح بالبيع لم يقع العتق الا من المأمور بالاتفاق فلا يكون المقتضي اقوى من التصريح به اجيب بان الشيء قد يثبت ضمنا وان لم يثبت صريحا كبيع الاجنة في ارحام الامهات يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين على ما مر في فصل المحرمات عند قوله ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها فان قيل وجب ان لا يبطل النكاح ههنا وان ثبت ملك اليمين لوجهين احدهما ان الملك ثابت ههنا بطريق الاقتضاء والثابت به ضروري يثبت ضرورة صحة العتق فلا يتعدى الى فساد النكاح والثاني ان الملك ههنا كما يثبت يزول حكما للاعتاق ومثله لا يفسد النكاح كالوكيل بالشراء اذا اشترى منكوحته لموكله لا يفسد النكاح لان الملك كما ثبت زال اجيب عن الاول بان الشيء اذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وفساد النكاح لازم من لوازم الملك اللازم للعتق ولازم اللازم لازم وعن الثاني بان الملك يثبت للموكل ابتداء وهو مختار شمس الائمة وابي طاهر الدباس رحمهما الله سلمنا ان الملك يثبت للوكيل لكن انما لا يفسد به النكاح لتعلق حق الغير به عند الثبوت وهو الموكل وما نحن فيه ليس كذلك وقوله لانه يعني ابا يوسف رحمه الله يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه اي لتصرف

الآمر لما ان تصحيح كلام العاقل واجب مهما امكن وقد امكن ههنا باسقاط اعتبار القبض لانه شرط وقد امكن ذلك باسقاط القبول الذي هو الركن فلان يمكن باسقاط الشرط اولى فصار كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ففعل سقط عنه الكفارة من غير تفرقة بين ما اذا كان الطلب بعوض اوبغيره ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تصح الهبة الا مقبوضة فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء وقوله اسقاطه ولا اثباته اشارة الى ان فيه طريقين احدهما ان يسقط القبض كما يسقط القبول والثاني ان يجعل القبض موجودا تقديرا وقوله لانه فعل حسي يعني انه ليس من جنس القول فلا يمكن ان يكون ثابتا في ضمن قوله اعتقت هذا بالنسبة الى الاثبات واما بالنسبة الى الاسقاط فيقال لانه فعل حسي والفعل الحسي لا يمكن اعتبار سقوطه بخلاف البيع فانه تصرف شرعي فيصح ان يثبت في ضمنه وقوله في تلك المسئلة اي في مسئلة الامر باطعام الفقير ينوب عن الآمر في القبض كالفقير في باب الزكوة ينوب قبضه عن الله تعالى ثم يصير قابضا لنفسه اما العبد فلا يقع في يده شيء لان الاعتاق اتلاف الملك وتمام تقرير هذه المسئلة يطلب في التحرير والله اعلم *

باب نكاح اهل الشرك

لما ذكر باب الرقيق للمناسبة التي ذكرنا ذكر من هو ادون منزلة واخس مرتبة منهم وهم اهل الشرك الذين لا كتاب لهم واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه قيد بعدة كافر لانه لو كان في عدة مسلم كان النكاح فاسدا بالاجماع كذا قيل وفيه نظر لان كلامنا في اهل الشرك ولا يجوز للمسلم نكاح المشركة حتى تكون في عدته ويجوز ان يتصور بان اشركت بعد الطلاق والعياذ بالله وهي في عدة المسلم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال زفر رحمه الله النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام

الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول وهو التزوج بغير شهود كما قال ابوحنيفة رحمه الله وفي الوجه الثاني وهو التزوج في عدة كافر آخر كما قال زفر رحمه الله الخطابات كقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود ونحوه عامة كما مر من قبل فيلزمهم وانما لا نتعرض لهم لذمتهم اعراضا كما تركناهم وعبادة الصنم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق عملا بقوله تعالى وَاَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا اَنْزَلَ اللّٰهُ وَلَا تَتَّبِعْ اَهْوَاءَهُمْ ولهما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها فان مالكا وابن ابي ليلى رحمهما الله يجوزانه ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات ولكنا لا نتعرض لهم باعتبار عقد الذمة فاذا ترافعا او احدهما او اسلم والعدة غير منقضية فرق بينهما كما في نكاح المحارم واما اذا كان الاسلام والمرافعة بعد انقضائها فلا يفرق بينهما بالاجماع ولابي حنيفة رحمه الله ان حرمة النكاح انما هي للعدة لكونه نكاح المنكوحة من وجه وثبوت العدة اما ان يكون للشرع او للزوج لا سبيل الى الاول لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولهذا لم يتعرض لهم في الخمر والخنزير ولا الى الثاني لانه لا يعتقده لان هذا الوضع على ذلك الفرض فكان النكاح وقع ابتداء صحيحا لوجود المقتضي وهو صدور الركن من اهله مضافا الى محله وانتفاء المانع بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم فان المانع متحقق وهو اعتقاد الحرمة واذا صح ابتداء لا يرتفع بالاسلام والمرافعة لان ذلك حالة البقاء والشهادة ليست بشرط فيها ولهذا لو مات الشهود لم يبطل النكاح وكذا العدة لا تنافي حالة البقاء كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة تجب عليها العدة صيانة لحق الواطئ ولا يبطل النكاح القائم وهذا كما ترى يشير الى ان العدة لا تجب عن الكافر وهو الاصح . وقال بعضهم تجب لكنها ضعيفة لا تمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء فيما بين المسلمين فكان النكاح صحيحا في الابتداء وحالة الاسلام والمرافعة حالة بقاء وهي لا تستلزم الشهود ولا تنافي

العدة على ما قلنا فان تزوج المجوسي احدى محارمه اوخامسة ثم اسلم احدهما اوترافعا
فرق بينهما وما داما على الكفر ولم يترافعا لا يتعرض لهما وهذا بالاتفاق لكن عندهما
باعتبار ان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم لكونه مجمعا عليه كما في المعتدة واذا اسلم
وجب التعرض به والتفريق وكذلك بالمرافعة واما عنده فله حكم الصحة في الصحيح
بناء على ما ذكرنا ان الحرمة اما ان يكون للشرع او للزوج الى آخره وقوله في الصحيح
احتراز عن قول مشائخ العراق رحمهم الله ان له حكم الفساد عنده لانه لوكان له حكم
الصحة لما فرق بينهما في البقاء وقوله الا ان المحرمية جواب عن هذا التشكيك ووجهه
ان المحرمية تنافي بقاء النكاح كما لو اعترضت على نكاح المسلمين برضاع اومصاهرة
فيفرق بينهما بخلاف العدة لانها لا تنافيه كما مر ثم باسلام احدهما يفرق بينهما بالاتفاق
وكذلك بمرافعة احدهما وطلب حكم الاسلام عندهما لان اسلام احدهما كاسلامهما
في جواز التفريق فكذلك رفع احدهما يكون كرفعهما لانه برفعه انقاد لحكم الاسلام كما
اذا اسلم واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يفرق برفع احدهما لان الآخر قد استحق
باعتقاده بقاء هذا النكاح واستحقاقه لا يبطل بمرافعة الآخر اذ لا يتغير به اعتقاده بل يعارضه
بخلاف الاسلام فان اعتقاد المصر بالكفر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى
واما اذا ترافعا فلا بد من التفريق بينهما بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما ولوحكما رجلا
وطلبا منه حكم الاسلام له ان يفرق بينهما فالقاضي اولى بذلك لعموم ولايته وقوله
ولا يجوز ان يتزوج المرتد واضح وقوله بل لمصالحه يريد بها المسكن والازدواج والتوالد
والتناسل وقوله فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه قيل كيف يصح
هذا التعميم ولا وجود لنكاح المسلمة مع كافر اي كافر كان واجيب بان هذا محمول
على حالة البقاء بان اسلمت المرأة ولم يعرض الاسلام على الزوج بعد فجاءت .
بولد وقوله والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه اي في جعل الولد تبعا للكتابي للتعارض وجعله

وجعله تبعا للكتابي يوجب حل الذبيحة والنكاح وجعله تبعا للمجوسي يوجب حرمة ذلك فوقع التعارض اذ الكفر ملة واحدة والترجيح للمحرم ونحن اثبتنا الترجيح وهو قوله لان فيه نظر له فان قلت على ما ذكرت كل واحد منا ومن الخصم ذهب الى نوع ترجيح فمن اين تقوم الحجة قلت ترجيحنا بدفع التعارض وترجيحه برفعه بعد وقوعه والدفع اولى من الرفع لان كم من واقع لا يرفع **قوله** واذا اسلمت المرأة وزوجها كافر اطلق الكفر في قوله وزوجها كافر لعدم بقاء نكاح المسلمة مع اي كافر كان وقيد الزوجة بالمجوسية لانها ان كانت كتابية فلا عرض ولا تفريق وكلامه واضح وقوله كما في الطلاق يريد ان نفس الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح وبعده لا يرفع الا بعد انقضاء العدة وقوله الى انقضاء ثلث حيض ليس بصواب لان العدة عنده بالاطهار وقيل معناه كان الشافعي رحمه الله يقول ينبغي ان يتأجل عندكم الى انقضاء ثلث حيض ويجوز ان يقال هذه المدة لم تعتبر للعدة بل للتفريق وما لم يعتبر لها تعتبر فيه الحيض كما في الاستبراء ولنا ان المقاصد بالنكاح قد فاتت وتقريره باسلام المرأة او زوج المجوسية فاتت المقاصد بالنكاح وفواتها وهو حادث لا بد له من سبب فاما ان يكون هو الاسلام او كفر من بقي عليه لا سبيل الى الاول لانه طاعة لا يصلح سببا لفوات النعم ولا الى الثاني لان كفر من بقي على كفره قد كان موجودا قبل هذا ولم يمنع ابتداء ولا فوقها بقاء فلا بد من امر آخر غيرهما فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد به ان اسلم او يثبت ما يصلح لذلك وهو الاباء فان الاباء عنه صالح لسلب النعم واذا اضيف الفوات اضيف اليه ما يستلزمه الفوات وهو الفرقة فكانت الفرقة مضافة الى الاباء وفي كلام المصنف رحمه الله نوع اغلاق لانه يلزم عليه ان يقال فوات المقاصد يصلح سببا تبتني عليه الفرقة فلا حاجة الى العرض لكن اذا تأملت فيما ذكرته حق التأمل زال عنك الشبهة ولما فرغ عن البحث مع الشافعي رحمه الله شرع فيه مع ابي يوسف رحمه الله في ان الفرقة في الوجهين لا يكون طلاقا ووجه قوله ما ذكره ان الفرقة بسبب يشترك

فيه الزوجان على معنى انه يتحقق منهما وهو الاباء وكل فرقة بسبب يشترك فيه لا يكون
طلاقا كالفرقة الواقعة بسبب ملك احد الزوجين الآخر والواقعة بالمحرمية ولهما ان
الزوج امتنع بالاباء عن الامساك بالمعروف لما مر من فوت المقاصد ومن امتنع عن
الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التسريح بالاحسان كما في الجب والعنة
وقوله مع قدرته في الاسلام زيادة تاكيد واري ان تركه كان افضل لانه لو كان شرطا
بطل قياسه على الجب والعنة وقوله واما المرأة فليست باهل للطلاق واضح وقوله فاشبه
الردة والمطاوعة بفتح الواو يعني انها اذا ارتدت والعياذ بالله او مكنت ابن زوجها
فان كان ذلك بعد الدخول كان لها المهر لتأكده بالدخول وان كان قبله فلا مهر لها وقوله
واذا اسلمت المرأة في دار الحرب ظاهر وقوله والعرض على الاسلام متعذر من باب
عرضت الناقة على الحوض من القلب الذي لا يشجع عليه الا افراد البلغاء وقوله فاقمنا
شرطها اي شرط الفرقة وهو مضي الحيض الثلث ان كانت ممن تحيض او ثلثة اشهر
ان لم تحض مقام سبب الفرقة قال في النهاية وهو تفريق القاضي عند اباء الزوج عن الاسلام فكأنه
اراد انه سبب بطريق النيابة والا فقد تقدم ان سبب الفرقة هو الاباء وقوله كما في حفر
البئر يعني في قيام الشرط مقام السبب وذلك لان الاصل اضافة التلف الى فعل الواقع
في البئر التي حفرت على قارعة الطريق لانه هو العلة لكنه تعذر ذلك لكونه طبعيا لا تعدي
فيه ثم اضافته الى السبب وهو المشي وقد تعذرت كذلك لان المشي في الطريق مباح
لا محالة فاضيفت الى الشرط وهو حفر البئر لانه لم تعارضه العلة والسبب وله شبه بالعلة
من حيث تعلق الحكم به وجودا وفيه تعدّ لانه في غير ملك الحافر وموضعه اصول
الفقه ثم المرأة اذا كانت مسلمة فهي كالمهاجرة على ما سيأتي في حكم المهاجرة واذا كان الزوج
هو المسلم فلا عدة عليها بالاتفاق ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها عندنا والشافعي
رحمه الله يفصل كما مر له في دار الاسلام من قوله فان كان قبل الدخول وقعت الفرقة في الحال

فى الحال وان كان بعده بعد انقضاء العدة ولنا ان هذه الحيض لاجل الفرقة لا العدة فيستوي
فيها المدخول بها وغيرها وهذا لان الزوج في صورة الطلاق باشر سبب الفرقة وهو الطلاق
فجاز ان يعتبر السبب فى الحال اذا كان قبل الدخول فلا يحتاج الى مضي الحيض
واما ههنا فالفرض انه لم يباشره فاحتاج الى مضيها للفرقة فيستويان فيها واذا وقعت الفرقة
والمرأة حربية فلا عدة عليها بالاجماع لان حكم الشرع لا يثبت في حقها وقوله وان كانت
هي المسلمة ظاهر وقوله فلان يبقى اولى لان البقاء اسهل من الابتداء فكم من شيء يتحمل
فى النكاح حالة البقاء وان لم يتحمل فى الابتداء الا يرى ان المنكوحة اذا وطئت بشبهة تعتد له
وتبقى منكوحة ولا يجوز نكاح المعتدة من وطئ بشبهة ابتداء **قوله** واذا خرج احد الزوجين
صورة المسئلة ظاهرة والحاصل كذلك وتقرير دليله ان التباين اثره فى انقطاع الولاية وانقطاع
الولاية لا يؤثر فى الفرقة كالحربي اذا دخل دارنا بامان فان ولايته قد سقطت اذ المراد بانقطاع
الولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله وكالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان فان ولايته قد انقطعت
ولم يؤثر فى الفرقة وهذا الابطال دليل الخصم وقوله واما السبي فيقتضى الصفاء للسابي
ولا يتحقق الصفاء له الا بانقطاع النكاح ولهذا اي ولان السبي يقتضى الصفاء يسقط الدين
عن ذمة المسبي لاثبات المذهب ولنا ان المصالح لا تنتظم مع التباين حقيقة وحكما وتقريره ان
تباين الدارين حقيقة وحكما ينافي انتظام المصالح وما ينافي انتظام المصالح يقطع النكاح
كالمحرمية فتباين الدارين يقطع النكاح والمراد بالتباين حقيقة تباعدهما شخصا وبالحكم ان لا يكون
فى الدار التي دخلها على سبيل الرجوع بل يكون على سبيل القرار والسكنى وهذا لاثبات
المذهب وقوله والسبي يوجب ملك الرقبة لرد دليل الخصم وتقريره والسبي يوجب ملك الرقبة
وملك الرقبة لا ينافى النكاح ابتداء ولهذا لو تزوج امة جاز فكذا بقاء ولهذا لو كانت
المسبية منكوحة لمسلم او ذمي لا يبطل النكاح مع تقرر السبي والمنافى اذا تقرر فالمحرم
وغيره سواء كما اذا تقرر بالمحرمية والرضاع وقوله وصار اي صار السبي كالشراء

من حيث ان النكاح لا يفسد بالشراء فكذلك بالسبي لعدم المنافاة وقوله ثم هو اي السبي يقتضي الصفاء اي سلمنا ان السبي يقتضي الصفاء لكن في محل عمله وهو المال حيث يثبت الملك في رقبة المسبي للسابي على الخلوص لا في محل النكاح وهو منافع البضع لان ذلك من خصائص الانسانية لا المالية وقد اندرج في هذا الكلام الجواب عن قوله ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي لان الدين في الذمة وهي محل عمله لانها هي الرقبة وقوله وفي المستأمن جواب عن قوله كالحربي المستأمن او المسلم المستأمن وكان قد احترز بقوله حكما عن ذلك فان التباين وان وجد في المستأمن حقيقة لكنه لم يوجد حكما لقصده الرجوع * واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة اي تركت ارض الحرب الى ارض الاسلام وخرجت مسلمة او ذمية على قصد ان لا ترجع الى ما هاجرت عنه ابدا جاز ان يتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد ان دخلت في دار الاسلام وكل فرقة كانت كذلك يلزمها حكم الاسلام كالمسلمة والذمية ولابي حنيفة رحمه الله ان العدة لاظهار خطر ملك النكاح ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب العدة على المسبية بالاتفاق فان قيل لو لم يكن لملكه خطر لما وجبت اذا خرجت حاملا اجيب بانها لا تجب عليها العدة ولكنها لا تتزوج لان في بطنها ولدا ثابت النسب فان قيل الهجرة اورثت تباين الدارين وهو لا يربو على الموت ولو مات وجبت العدة فلتجب معها ايضا اجيب بان الموت لا يوجب سقوط الحرمات حكما فلزمت العدة بحكم الملك واما تباين الدارين فيسقطها حقيقة وحكما فيزول ملكه الى اثر وحاصله ان التباين يربو على الموت الاترى انه يمنع التوارث والموت يوجبه ولو خرجت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها رواه محمد رحمه الله عن ابي حنيفة رحمه الله لان حملها ثابت النسب من الغير فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع ايضا احتياطا كام الولد اذا حبلت من المولى لا يزوجها حتى تضع وروى ابو يوسف والحسن ابن

ابن زياد عن ابي حنيفة رحمه الله انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها لانه لا حرمة للحربي في كله فجزؤه اولى كما في الحبلى من الزنا فانه لا حرمة لماء الزاني قيل الاول الاصح لانه حمل ثابت النسب بخلاف الحمل من الزنا وتحقيقه ان الحمل من الغير يمنع الوطئ مطلقا وثابت النسب محرم فيمنع النكاح ايضا دون غيره **قوله** واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام واذا ارتد احد الزوجين والعياذ بالله وقعت الفرقة بينهما سواء كان دخل بها او لم يدخل وعند الشافعي رحمه الله ان لم يدخل بها فكذلك وان دخل بها فحتى تنقضي ثلثة اطهار بناء على ماذكرناه من تأكد النكاح وعدم تأكده وكانت الفرقة بغير طلاق حتى لا تنقضي عدة الطلاق عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وان كانت من المرأة فبغير طلاق هو يعتبرها بالاباء والجامع مابيناه يعني قوله امتنع عن الامساك بالمعروف وابو يوسف رحمه الله مر على اصل له في الاباء وهو ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان والطلاق مما يختص بالزوج وابو حنيفة رحمه الله فرق بين الاباء والارتداد فجعل الفرقة باباء الزوج طلاقا دون الردة ووجهه ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة لانها تبيح النفس والمال ويبطل الملك والنكاح والطلاق ليس بمناف للنكاح لانه رافع له بعد تحققه مسببا عنه والمسبب عن الشيء الرافع له لا ينافيه فلا تكون الردة طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف وليس بمناف للنكاح فيجب التسريح بالاحسان على مامر واعترض بوجهين احدهما ان الردة لا تنافي ملك العين بل يصير موقوفا فما بال ملك النكاح لا يكون كذلك والثاني ان الردة لو كانت منافية لما وقع طلاق المرتد على امرأته بعد الردة كما في المحرمية لكنه يقع بالاتفاق والجواب عن الاول ان ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء والردة تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء وتوقف تحصيل ملك العين بالشراء ابتداء فكذا بقاء وعن الثاني ان وقوع الطلاق تابع لامكان ظهور اثره

وحيث كانت المحلية متصورة العود بالتوبة امكن ظهور اثره فكان معتبرا بخلاف المحرمية فان المحلية غير متصورة ابدا فلا يمكن ظهور اثره وعن هذا قالوا اذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاقه لان تباين الدارين مناف للنكاح فكان منافيا للطلاق الذي هو من احكام النكاح فان عاد الى دار الاسلام وهي في العدة وقع عليها الطلاق لان المنافي وهو تباين الدارين قد ارتفع ومحلية الطلاق بالعدة وهي قائمة فيقع وان ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب لم يقع طلاق الزوج عليها عند ابي حنيفة رحمه الله لان العدة قد سقطت عنها عنده لفوات المحلية لان من كان في دار الحرب فهو كالميت في حقنا وبقاء الشيء في غير محله مستحيل والعدة متى سقطت لاتعود الابعود سببها بخلاف الفصل الاول لان العدة هناك باقية ببقاء محلها لانها في دار الاسلام الا ان تباين الدارين كان مانعا عن وقوع الطلاق فاذا ارتفع المانع والعدة باقية وقع وقال ابو يوسف رحمه الله يقع الطلاق لان العدة باقية عنده وقوله ولهذا اتتوقف الفرقة توضيح لكون الردة منافية للطلاق دون الاباء وقوله ثم ان كان الزوج ظاهر وقوله ولا نفقة متعلق بقوله وان كانت هي المرتدة فلها كل مهرها ان دخل بها الى ما يليه لان المسلمة اذا كانت غير مدخول بها ووقعت الفرقة لاتجب النفقة على زوجها فحينئذ لايرتاب احد في عدم وجوب النفقة في المرتدة اذا كانت غير مدخول بها وقوله لان الفرقة من قبلها يعني فكانت كالناشزة ولا نفقة لها وقوله وان ارتدا معا واضح ووجهه ما روي ان بني حنيفة وهم حي من العرب ارتدوا بمنع الزكوة وبعث اليهم ابو بكر الصديق رضي الله عنه الجيوش فاسلموا ولم يأمرهم بتجديد الانكحة والصحابة رضي الله عنهم متوافرة فحل ذلك محل الاجماع يترك به القياس فان قيل الارتداد لم يقع منهم دفعة اجاب بقوله والارتداد واقع منهم معا حكما لجهالة التاريخ فان التاريخ اذا جهل لم يحكم بتقدم شيء على شيء وانما يجعل في الحكم كأنه وجد جملة واحدة ولو اسلم احدهما بعد الارتداد اي بعد ارتدادهما فسد النكاح

النكاح بينهما الا صرار الآخر على الردة لانه مناف كابتدائها على ما تقدم ثم ان كانت المرأة هي التي اسلمت قبل الدخول بها فلها نصف المهر عندنا وان كان الزوج فلا شيء لها لان الفرقة جاءت من جانبها بالاصرار على الردة فان الاصرار بعد اسلام الآخر كانشاء الردة *

باب القسم

لما ذكر جواز عدد من النساء لم يكن بد من بيان العدل الوارد من الشارع في حقهن في باب على حدة لكن اعتراض ماهو اهم بالذكر من بيان جواز النكاح وعدمه الراجعين الى امر الفروج وغيرهما اوجب تاخيره والقسم بفتح القاف مصدر قسم القاسم المال بين الشركاء فرقه بينهم وعين انصباءهم ومنه القسم بين النساء وقد وقع في اكثر النسخ واذا كان للرجل امرأتان بتذكير كان مع اسناده الى المونث الحقيقي لوقوع الفصل كما في قولك حضر القاضي اليوم امرأة وكلامه واضح وقوله ولا فصل فيما روينا يعني بين البكر والثيب والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما روينا من غير تفرقة بين الجديدة والقديمة وقال الشافعي رحمه الله ان كانت الجديدة بكرا يفضلها بسبع ليال وان كانت ثيبا فبثلث ثم التسوية بعد ذلك لحديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يفضل البكر بسبع والثيب بثلث والحاصل ان الاختلاف في موضعين في الفرق بين البكر والثيب وفي تفضيل الجديدة على القديمة فنفى المصنف رحمه الله الاول بقوله ولا فصل فيما روينا والثاني بقوله لاطلاق ما روينا وما رواه محمول على التفضيل بالبداءة دون الزيادة كما ذكر في حديث ام سلمة رضي الله عنها انه عليه السلام قال ان شئت سبعت لك وسبعت لهن ونحن نقول للزوج ان يبتدأ بالجديدة ولكن بشرط ان يسوي بينهما ولان القسم من حقوق النكاح كالنفقة ولا تفاوت في ذلك بين البكر والثيب والجديدة

والقديمة كما لا تفاوت بين المسلمة والكتابية والبالغة والمراهقة والمجنونة والعاقلة والمريضة والصحيحة لمساواة بينهن في سبب هذا الحق وهو الحل الثابت بالنكاح وكذلك في طرف الرجل فالمجبوب والخصي والعنين والغلام الذي لم يحتلم اذا دخل بين امرأتين يجب عليهم القسم وقوله والاختيار في مقدار الدور للزوج ظاهر وقوله بذلك ورد الاثر يعني ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال للحرة ثلثان من القسم وللامة الثلث ولم يرو عن احد خلافه فحل محل الاجماع وقوله ولان حل الامة انقص من حل الحرة يدل عليه انه لا يحل نكاحها مع الحرة ولا بعدها وانما يحل قبلها وموضعه اصول الفقه فلابد من اظهار النقصان في الحقوق لان الحكم يثبت بقدر دليله والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم فيكون لهن الثلث من القسم كالامة وقوله ولا حق لهن في القسم حالة السفر هذا الكلام مشتمل على ثلث مسائل احديها ان القرعة مستحبة عندنا وعند الشافعي رحمه الله مستحقة والثانية انه اذا سافر بواحدة من غير قرعة ثم رجع هل للباقيات ان يحتسبن تلك المدة اولا عندنا ليس لهن ذلك خلافا له وهذه بناء على الاولى لان الاقراع اذا كان مستحقا ولم يفعله كانت مدة سفره نوبة التي كانت معه فينبغي ان يكون للاخرى مثل ذلك ليتحقق العدل ولكنا نقول وجوب التسوية في وقت استحقاق القسم عليه وفي حالة السفر ليس بمستحق فلا تجب التسوية فلا تكون تلك المدة محسوبة من نوبتها والثالثة ان بعضهن ان رضيت بترك قسمها لصاحبتها جاز وان رجعت في ذلك فكذلك وكلامه واضح وقوله لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط توضيحه ان الاسقاط انما يكون في القائم لان ما ليس كذلك كان الرجوع عنه امتناعا لا اسقاطا فكان بمنزلة العارية وللمعير ان يرجع متى شاء لما قلنا فكذلك هذا والله اعلم *

كتاب الرضاع

لم يذكر عامة مسائل الرضاع في فصل المحرمات واتى بكتاب له على حدة لما ان له احكاما جمة مخصوصة به ولا يشاركه فيها غيره سبب الحرمة بالرضاع الجزئية بنشور العظم وانبات اللحم كالجزئية بالاعلاق في حرمة المصاهرة فكما ان الاعلاق امر خفي وله سبب ظاهر اقيم مقامه وهو الوطئ كذلك نشور العظم وانبات اللحم امر خفي له سبب ظاهر وهو الارضاع فاقيم مقامه والرضاع بفتح الراء وهو الاصل وبكسرها وهو لغة فيه مص اللبن من الثدي وفي الشريعة عبارة من مص شخص مخصوص وهو ان يكون صبيا رضيعا من ثدي مخصوص وهو ثدي الآدمية في وقت مخصوص على ما نذكره بعد وقليل الرضاع وكثيره اذا حصل في مدة الرضاع يتعلق به التحريم عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات يكتفي الصبي بكل واحدة منها لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان والمصة فعل الرضيع والاملاجة فعل المرضع وهو الارضاع ووجه الاستدلال به ان يدل على ان القليل منه غير محرم واما ان يكون منحصرا في خمس رضعات مشبعات فليس له دلالة على ذلك لكن لما انتفى به مذهب خصمه يثبت مذهبه لعدم القائل بالفصل وفيه نظر لان من اصحاب الظواهر من يقول بثلث رضعات مشبعات ولو تمسك بحديث عائشة رضي الله عنها كان فيما انزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ادل على المطلوب لكن قولها مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم يضعفه لانه لا نسخ بعده ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الآية وقوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل يعني في الكتاب والسنة والزيادة على الكتاب بخبر الواحد لا يجوز على ما عرف وقوله ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية دليل معقول يتضمن جواب سؤال

مقدر تقريره تحريم الرضاع باعتبار انشار العظم وانبات اللحم وليس ذلك في القليل وتقرير
الجواب الحرمة وان كانت بشبهة البعضية الثابتة بنشور العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن
فتعلق الحكم بفعل الارضاع وقوله وما رواه جواب عن استدلال الخصم بان ما رويتم اما مردود
بالكتاب لان العمل به اقوى على تقدير ان يكون الكتاب قبله او منسوخ ان كان بعده
والانشار بالراء الاحياء وفي التنزيل ثُمَّ إِذَا شَاءَ أَنْشَرَهُ ومنه لا رضاع الا ما انشر العظم وانبت
اللحم اي قواه وشدده كأنه احياه ويروى بالزاء كذا في المغرب وقوله وينبغي ان يكون في مدة
الرضاع ظاهر وقوله لان الحول حسن للتحول من حال الى حال باعتبار حولان الحول
الموجب لتغيير الطباع ولا بد من الزيادة على الحولين لما نبين يعني في وجه قول ابي حنيفة
رحمه الله فتقدر اي الزيادة به اي بالحول ولهما قوله تعالى وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ووجه
الاستدلال ما ذكره انه جعل مدة الحمل والفصال ثلثين شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر
فبقي للفصال حولان وقوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد حولين ولابي حنيفة رحمه الله
هذه الآية يعني قوله وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ووجهه ما ذكره ان الله تعالى ذكر شيئين يعني
الحمل والفصال وضرب لهما مدة وهو قوله ثَلَاثُونَ شَهْرًا وكل ما كان كذلك كانت المدة لكل واحد
منهما بكمالها كما في الاجل المضروب للدينين مثل ان يقول لفلان علي الف درهم وخمسة
اقفزة حنطة الى شهرين يكون الشهران اجلا لكل واحد من الدينين بكماله الا انه قام المقتضي
للنقص في احدهما يعني الحمل وهو حديث عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في بطن
امه اكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل فان قلت هذا المقتضي على تقدير كونه حديثا يلزم به
تغيير الكتاب وهو لا يجوز اجيب بان الكتاب مأول فان عامة اهل التفسير جعلوا الاجل
المضروب للدينين متوزعا عليهما فلم تكن دلالة الكتاب على ما استدل به المصنف
رحمه الله قطعية ويؤيده ما روي ان رجلا تزوج امرأة فولدت لستة اشهر فجيء بها الى
عثمان رضي الله عنه فشاور في رجمها فقال ابن عباس رضي الله عنه ان خاصمتكم

ان خاصمتكم بكتاب الله خصمتكم قالوا كيف قال ان الله تعالى يقول وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ
ثَلٰثُونَ شَهْرًا وقال وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ اَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ فحمله ستة اشهر وفصاله
حولان فتركها واذا لم تكن دلالتها على ذلك كذلك لم يلزم التغيير وانما يلزم اثبات مسئلة
فرعية بآية مأولة ولا بعد فيه ولانه لابد من تغيير الغذاء لينقطع الانبات باللبن ويحصل بغيره
ابقاءً لحيوته وذلك اي التغيير بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره لان القطع عن اللبن دفعة
من غير ان يتعود غيره مهلك وهذا هو الذي وعده المصنف رحمه الله لزفر رحمه الله لكنه
قدره بستة كما في العنين وقدرناه بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغائر غذاء
الرضيع فان غذاء الجنين كان غذاء امه ثم صار لبنا خالصا كما ان غذاء الرضيع يغاير غذاء الفطيم
لان غذاء الرضيع اللبن وغذاء الفطيم اللبن مرة والطعام اخرى لانه يفطم تدريجا فكان الحاصل
انه لا بد من تغيير الغذاء وتغيير الغذاء بستة اشهر فلابد من ستة اشهر وقوله والحديث محمول
يعني قوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد حولين محمول على مدة الاستحقاق وابهم
المصنف رحمه الله الاستحقاق لان بعضهم قالوا المراد من لا رضاع بعد حولين لا يستحق
الولد الرضاع بعد الحولين وقال بعضهم نفي استحقاق الاجرة وكثير منهم قالوا ان مدة الرضاع
في حق استحقاق الاجر على الاب مقدرة بحولين عند الكل حتى لا تستحق المطلقة اجرة
الرضاع بعد الحولين بالاجماع وهذا لان قوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع لنفي الجنس وعينه
وقد يوجد بعد حولين فكان عدم الوجوب وعدم الجواز محتملين فلم يكن حجة وعليه اي
وعلى الاستحقاق يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب يعني قوله تعالى وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ
اَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ بدليل قوله بعده فَاِنْ اَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ فانه ذكر بحرف الفاء معلقا له
بالتراضي ولو كان الرضاع بعده حراما لم يعلق به لانه لا اثر للرضاع في ازالة المحرم شرعا
قوله واذا مضت يعني واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم سواء فطم اولم يفطم
واذا فطم قبلها لم يعتبر الفطام الا في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله حتى لو فطم صبي

قبل الحولين او قبل ثلثين شهرا عند ابي حنيفه رحمه الله ثم رضعته امرأة قبل ان يمضي
عليها مدة الرضاع تعلق به التحريم في ظاهر الرواية دون رواية الحسن اذا استغنى عنه
وما في الكتاب ظاهر ومن الناس من سوّى بين الصغير والكبير في حرمة الرضاع تشبثا
بظواهر النصوص وهو فاسد لان المذكور في ظواهرها الرضاع وهو يقتضي رضيعا لا محالة
والكبير لا يسمى رضيعا روي ان ابا موسى الاشعري رضي الله عنه سئل عن رضاع الكبير
فاوجب الحرمة ثم اتوا عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فسألوه عن ذلك فقال اترون هذا
الاشمط رضيعا فيكم فلما بلغ ابا موسى قال لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الحبر بين اظهركم
وقد اتفقت الصحابة رضي الله عنهم على هذا **قوله** ويحرم من الرضاع ما يحرم من
النسب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم يحرم
من الرضاع ما يحرم من النسب الا صورتين ذكرهما المصنف رحمه الله وهو واضح وقوله
الام اخته من الرضاع جاز ان يتعلق بالاخت مثل ان يكون للرجل اخت من الرضاعة
ولها ام من النسب فانه يجوز له ان يتزوج ام اخته التي كانت امها من النسب وجاز ان يتعلق
بالام مثل ان يكون له اخت من النسب ولها ام من الرضاعة فانه يجوز له ان يتزوج
ام اخته التي كانت امها من الرضاعة وجاز ان يتعلق بهما جميعا مثل ان يجتمع الصبي
والصبية الاجنبيان على ثدي امرأة اجنبية وللصبية ام اخرى من الرضاعة فانه يجوز لذلك
الصبي ان يتزوج ام اخته التي كانت الام من الرضاعة التي انفردت بها رضاعا وقوله
لما روينا اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقوله
لاسقاط اعتبار التبني فان حليلة الابن المتبنى كانت حراما في الجاهلية فان قيل لم لا يجوز
ان يكون لاسقاط حليلة ابن الرضاع او لاسقاطهما جميعا وما وجه ترجيح جانب حليلة
الابن المتبنى في الاسقاط اجيب بان حرمة حليلة ابن الرضاع ثابتة بالحديث المشهور
وهو قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع الحديث فحملناه على حليلة الابن

الابن المتبنى لئلا يلزم التدافع بين موجب الكتاب والسنة المشهورة وقوله ولبن الفحل
من باب اضافة الشيء الى سببه لان سبب اللبن انما هو الفحل وكلامه واضح وقوله
صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة دليل
واضح على ذلك فان عائشة رضي الله عنها ارتضعت من امرأة ابي القعيس وكان اسم اخي
ابي القعيس افلح فلما كانت تلك المرأة اما لها كان زوجها ابا لها واخو الزوج عما لها لا محالة وروي
انها قالت يارسول صلى الله عليه وسلم ان افلح اخا ابي القعيس دخل علي وانا في ثياب
فضل فقال ليلج عليك فانه عمك من الرضاعة فقالت انما ارضعتني المرأة لا الرجل فقال عمك
من الرضاعة وذا لا يكون الا باعتبار لبن الفحل ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه
في موضع الحرمة احتياطا فان قيل ما قام مقام الشيء في اثبات الحكم اما ان يكون مثل
ذلك او دونه لا محالة وههنا لو ارتضع الصبي من تندوة الرجل نفسه اذا نزل منه اللبن
لا يثبت حكم الرضاع فكيف يثبت منه بارتضاع اللبن بسببه ولا يثبت من اللبن الحاصل
من نفسه اجيب بان افتراق الحكم لافتراق الوصف وذلك لان المعنى الذي
لاجله تثبت الحرمة بسبب الرضاع لا يوجد في ارضاع الرجل فان ما نزل من ثندوة
الرجل لا يتغذى به الصبي ولا يحصل به انبات اللحم وهو نظير وطيء الميتة في انه لا يوجب
حرمة المصاهرة وإن كان السبب موجودا وانما اختاروا هذه العبارة وهي ملبسة فانها توهم
ان المراد به ما ينزل من ثندوته ليعلم ان المراد به ما ينزل من المرأة بسبب الولادة او الحمل
من زوجها حتى لو نزل لها لبن بدونهما كما ينزل للبكر كان ذلك اللبن لبن المرأة خاصة
لا لبن الفحل وإن كانت تلك المرأة تحت زوجها وليس حل الوطيء في الاحبال شرط
الحرمة حتى لو زنى بامرأة فولدت منه فارضعت بهذا اللبن صبية كان لبن الفحل لا يحل
للزاني هذا ان يتزوج بهذه الصبية ولا لابيه ولا لابنه ولا لابناء اولاده لوجود البعضية
بين هؤلآء وبين الزاني وقوله ويجوز ان يتزوج الرجل واضح وقوله وكل صبيين اجتمعا

غلب الصبي على الصبية كما في القمرين للشمس والقمر على ندي واحدة اي ثدي امرأة واحدة لانهما لو جتمعا على ضرع بهيمة واحدة لا يثبت التحريم كما سيجيئ وهذا لان ثبوت هذه الحرمة بطريق الكرامة وذلك يختص بلبن الآدمية دون الانعام وقوله ولا تتزوج المرضعة احدا من ولد التي ارضعت قال في النهاية المرضعة بصيغة اسم المفعول وبالرفع على الفاعلية ونصب احدا على المفعولية ومن ولد التي على طريق الاضافة هذا هو الاصل من النسخ وفي نسخة اخرى ولا تتزوج المرضعة احد من ولد التي ارضعت بعكس الاولى في الفاعلية والمفعولية وهذا ايضا صحيح وكان كلاهما بخط شيخي ونسختان اخريان ليستا بصحيحتين وهما بعد صيغة اسم الفاعل في المرضعة كونها فاعلة او مفعولة على ما ذكرنا ولكن هذين التقديرين لا بد وان يكون من الولد الذي ارضعته معرفا باللام وكلامه ظاهر وقوله واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب فسر محمد رحمه الله الغلبة قال ان لم يغير الدواء اللبن تثبت الحرمة وان غير لا تثبت وقال ابو يوسف رحمه الله ان غير طعم اللبن ولونه لا يكون رضاعا وان غير احدهما يكون رضاعا وقوله خلافا للشافعي رحمه الله عنده اذا اختلط مقدار ما يحصل به خمس رضعات من اللبن في جب من الماء فشربه الصبي تثبت به الحرمة هو يقول انه موجود حسا حقيقة فيكون معتبرا لان المحسوس لا ينكر ونقول مغلوب والمغلوب في مقابلة الغالب غير موجود حكما كما في اليمين حلف لا يشرب لبنا فشرب لبنا مخلوطا بالماء والماء غالب على اللبن لا يحنث فان قيل فعلى هذا ان اعتبرت جهة الحكم لم يثبت به حرمة الرضاع وان اعتبرت جهة الحقيقة يثبت لان اللبن موجود حقيقة وان قل فعند التعارض ترجح الحرمة احتياطا اجيب بان التعارض لم يثبت لان التعارض عبارة عن تقابل الحجتين على السواء وههنا لم يثبت المساواة بينهما لان للغالب فضلا ذاتيا وللمغلوب فضلا حاليا وهو جهة الحرمة فكان الترجيح لمعنى راجع الى الذات لا لمعنى راجع الى الحال وهذا كما

كما ترى متناقض لانه نفى التعارض واثبت الترجيح بالفضل الذاتي ولا ترجيح الا بعد التعارض والصواب ان يقال لا تعارض لان الحقيقة لا تعارض الحكم لان الحرمة بالرضاع امر حكمي فما لم يكن الحكم موجودا لا مدخل له فيه سلمناه لكن تعارض ضربا ترجيح احدهما راجع الى الذات والآخر الى الحال والاول اولى وموضعه الاصول ويؤيد ما ذكرناه ما اذا وقع قطرة من الدم او الخمر في جب من الماء نجسته وان غلب الماء حقيقة لانه لم يكن غالبا حكما لان غلبة الماء في الحكم هو ان يكون عشرا في عشر وما دونه في حكم القليل فلم تكن الحقيقة معارضة للحكم بل كانت مرجوحة معه وقوله واذا اختلط اللبن بالطعام واضح وقوله لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا يعني سواء كان غالبا او مغلوبا اما اذا كان مغلوبا فظاهر واما اذا كان غالبا فلانه اذ اطبخ بالطعام يصير اللبن تبعا للطعام وان كان غالبا حتى لا يسمى لبنا مطلقا وقوله فصار كالمغلوب فيه نظر لان المغلوب غير موجود حكما اما ما لم يكن مغلوبا ويكون كالمغلوب فلا نسلم انه ليس بموجود والجواب ان هذه مناقشة لفظية تندفع بجعل الكاف زائدة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم في قول ابي حنيفة رحمه الله ان ذلك عنده اذا لم يتقاطر اللبن من الطعام عند حمل اللقمة واما اذا كان يتقاطر منه فتثبت به الحرمة عنده لان القطرة من اللبن اذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لاثبات الحرمة والاصح انه لا يثبت على كل حال عنده لان التغذي بالطعام لانه هو الاصل دون اللبن والمعتبر ما يقع به التغذي الموجب لانبات اللحم وان خلط بالدواء واللبن غالب فيه يتعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه حيث جعل غالبا والدواء يخلط به لتقويته على الوصول الى ما لا يصل اليه بانفراده فان قلت اذا كان الدواء لتقويته على الوصول وجب ان يستوي الغالب والمغلوب لان وصول قطرة منه محرم قلت النظر ههنا الى المقصود فاذا كان غالبا كان القصد الى التغذي به والدواء لتقويته على الوصول واذا كان مغلوبا كان القصد الى التداوي واللبن لتسرية الدواء ويلوح

الى هذا قوله واذا خلط دون اختلط وقوله ولان اللبن يبقى مقصودا **قوله** واذا اختلط اللبن بلبن شاة صورة المسئلة ظاهرة وكذا تعليل ابي يوسف رحمه الله فى المسئلة الثانية لما ذكرنا ان المغلوب كالمستهلك لعدم بقاء منفعته كما اذا صب كوز من الماء العذب فى البحر ووجه قول محمد وزفر رحمهما الله ان الغلبة ههنا غير متصورة لان الجنس لا يغلب الجنس اذ الغلبة بالاستهلاك والشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لان الاستهلاك بفوات منفعة المستهلك وذلك يقتضي اختلاف المقصود والمقصود ههنا متحد واذا لم يتصور الغلبة كانا متساويين فى المقصود فيتحقق الرضاع من القليل صورة ومعنىً فتثبت الحرمة بهما جميعا وعن ابي حنيفة رحمه الله في هذا روايتان في رواية قوله كقول ابي يوسف رحمه الله وبه قال الشافعي رحمه الله في قول وفي رواية كقول محمد وزفر رحمهما الله واصل المسئلة فى الايمان فيما اذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة اخرى وهو غالب فشربه فهو على هذا الاختلاف عند ابي يوسف رحمه الله لا يحنث لان المغلوب كالمستهلك وعند محمد رحمه الله يحنث لان الشيء بجنسه يتكثر ولا يصير مستهلكا وقوله واذا نزل للبكر لبن ظاهر واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فاوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله قيد بالموت لانه لو حلب قبل الموت واوجر بعد الموت كان قوله كقولنا على الاظهر هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة لان الحرمة تثبت بينهما ثم يتعدى منها الى غيرها بواسطتها وبالموت لم يبق محلا لها لعدم الفائدة ولهذا لا يوجب وطئها حرمة المصاهرة لانها الاصل فى الحرمة ولم يبق محلا لها حتى يتعدى الى غيرها ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك فى اللبن بمعنى الانشار والانبات وهو قائم باللبن لان الموت لم يخرجه عن كونه مغذيا كما انه لم يخرج لحمه عن ذلك والفائدة لم تنحصر في ظهور الحرمة فيها بل تظهر في حق الميتة دفنا وتيميما بان كان لهذه الرضعة التي اوجر لبن هذه الميتة في فمها زوج فان لهذا الزوج ان يدفن وييمم الميتة لانه

لانه صار محرما لها حيث صارت ام امرأته وقوله واما الجزئية جواب عن قوله ولهذا الاب
وطئها حرمة المصاهرة يعني ان حرمة المصاهرة بالوطء انما تثبت بملاقاته لمحل الحرث
لتثبت به الجزئية ومحل الحرث قد زال بالموت فافترقا وقوله واذا احتقن الصبي باللبن
قال في النهاية صوابه حقن لا احتقن يقال حقن المريض دواءه بالحقنة واحتقن الصبي
غير صحيح لعدم قدرته على ذلك في مدة الرضاع واحتقن مبنيا للمفعول غير جائز
فتعين حقن ولكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنه كردن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز
استعماله مبنيا للمفعول وهو الاكثر في استعمال الفقهاء وكلامه ظاهر وقوله وهذا لان اللبن انما
يتصور ممن يتصور منه الولادة بيانه ان الله تعالى خلق اللبن في الاصل لغذاء الولد لعدم
احتماله لسائر الاطعمة والاشربة في ابتداء حاله ليقوم مقام الطعام والشراب فلهذا اختص اللبن
على التحقيق بمن يتصور منه الولادة كذا في النهاية * وهذا لا يفيد الاختصاص بمن يتصور
منه الولادة اذا تأملت لكن اختصاصه بالانثى الولود من الحيوان وهو الذي يكون اذونا
لاصموخا في غير الآدمي مما هو ثابت بالاستقراء لم يتخلف وهو دليل على ان ما في الآدمي
في الذكر ليس بلبن على التحقيق كدم السمك واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق
به التحريم لانه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها وذكر في المبسوط في هذا
حكاية وهي ان محمدا بن اسمعيل البخاري رحمه الله صاحب الاخبار كان يقول يثبت به
حرمة الرضاع فانه دخل البخارا في زمن الشيخ ابي حفص الكبير وجعل يفتي فقال له
الشيخ لا تفعل فانك لست هناك فابى ان يقبل نصيحته حتى استفتي عن هذه المسئلة فافتى
بثبوت الحرمة فاجتمعوا واخرجوه من بخارا **قوله** واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة واذا
تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا عليه لانه يصير جامعا بين
الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا اما الكبيرة فان حرمتها مؤبدة
وكذلك الصغيرة ان كان دخل بالكبيرة وان لم يدخل بها جاز له التزوج بالصغيرة لانها

ربيبة لم يدخل بامها ثم انه ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها تعمدت الفساد اولم تتعمد لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة لم تجئ من قبلها فان قيل العلة للفرقة الارتضاع وهي فعلها فلم لم تضف الفرقة اليها اجاب بقوله والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر شرعا في اسقاط حقها الا يرى انها لو قتلت مورثها لم تحرم عن الميراث واعترض عليه بصغيرة مسلمة تحت مسلم ارتد ابواها ولحقا بها بدار الحرب بانت من زوجها ولا يقضى لها بشيء من المهر ولم يوجد الفعل منها والجواب انا قد قلنا كلما وقعت الفرقة بفعل من جهتها اسقطت حقها ولم يلزم ان كلما لم تقع الفرقة بفعل من جهتها لم يسقط حقها لانه اذا لحقها امر اخرجها عن محلية النكاح كالردة الحاصلة بتبعية الابوين اسقط حقها ويرجع به اي بما ادى الزوج من نصف المهر للصغيرة على الكبيرة ان كانت تعمدت به الفساد بان قصدت بالارضاع افساد النكاح وان لم تتعمد بان قصدت دفع الهلاك عنها جوعا فلا شيء عليها وان علمت بان الصغيرة امرأة زوجها وعن محمد رحمه الله انه يرجع عليها في الوجهين جميعا يعني في تعمد الفساد وعدمه لان من اصله ان المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان على ما عرف في الاصول وفي المباشرة المتعدي وغير المتعدي سواء فكذلك في التسبيب والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بتقبيل ابن الزوج اذا بلغت حد التشهي وذلك يجري مجرى الاتلاف في ايجاب الضمان لكنها مسببة في ذلك بالتاكيد لا مباشرة اما لان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا لان وضعه لتربية الصغيرة لا لافساد النكاح وانما يثبت الافساد باتفاق الحال بتاديته الى الجمع بين الام والبنت في ملك رجل نكاحا ولان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر لانه غير مضمون بالاتلاف لكونه غير متقوم في نفسه لانه ليس بملك عين ولا منفعة على التحقيق ولهذا لا يقدر على بيعه وهبته واجارته وانما هو ملك

هوملك ضروري يظهر في حق الاستيفاء بل هو سبب لسقوطه لان مايفوت به المبدل يفوت به البدل ايضا وتقرير كلامه الكبيرة بارضاعها مسببة في تاكيد ما كان على شرف لسقوط لا مباشرة لان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا كما تقرر سلمنا ان الارضاع افساد النكاح لكن افساده ليس بسبب لالزام المهر لما تقرر ايضا فان قيل اذا لم يكن سببا لالزامه كيف وجب على الزوج نصف المهر اجاب بقوله الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة على ماعرف في باب المهر والمتعة تجب بالنص ابتداء لقوله تعالى ومتعوهن لان المعقود عليه عاد اليها سالما لكن من شرط وجوبه اي وجوب نصف المهر بطريق المتعة ابطال النكاح فكانت صاحبة شرط فهي مسببة واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كما في حفر البئر وانما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وعلمت ان الارضاع مفسد وقصدت به الفساد واما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت به ولم تعلم ان الارضاع مفسد او علمت به ولكنها قصدت دفع الهلاك عن الصغيرة جوعا لا تكون متعدية لكونها مأجورة بذلك اي بالارضاع لدفع الهلاك فان قيل الجهل بحكم الشرع في دار الاسلام ليس بعذر فكيف جعل جهل المرأة بفساد النكاح عذرا في حق عدم وجوب الضمان عليها اجاب بقوله وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم وتقريره ان الحكم الشرعي وهو وجوب الضمان يعتمد التعدي والتعدي انما يحصل بقصد الفساد والقصد الى الفساد انما يتحقق عند العلم بالفساد فاذا انتفى العلم بالفساد انتفى قصد الفساد فكان اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم فان قلت دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم وكان اعتبار الجهل لدفع الحكم قلت لزم ذلك ضمنا فلا معتبر به **قوله** ولايقبل فى الرضاع شهادة النساء منفردات اي عن الرجال اجنبيات كن او امهات الزوجين واحدة كانت او اكثر وقال الشافعي رحمه الله تقبل شهادة اربع منهن وقال مالك رحمه الله تقبل شهادة واحدة اذا اتصفت بالعدالة وجه قول الشافعي رحمه الله ان الرضاع يكون بالثدي ولايطلع على ذلك

رجل الحرمة النظر اليه وعنده شهادة اربع منهن شرط فيما لا يطلع عليه الرجال لتقوم كل امرأتين مقام رجل وقلنا هو مما يطلع عليه الرجال من ذوى المحارم بحل لهم النظر الى ثديها ووجه قول مالك رحمه الله ان الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي فانه ينبغي للمسلم ان لا يأكل منه ولا يطعم غيره لان المخبر اخبره بحرمة العين وبطلان الملك فتثبت الحرمة مع بقاء الملك ثم لما ثبتت الحرمة مع بقاء الملك لا يمكنه الرد على بائعه ولا ان يحبس الثمن عن البائع ولنا ما ذكره فى الكتاب وهو واضح لا يحتاج الى بيان والله اعلم بالصواب *

كتاب الطلاق

لما كان الطلاق متأخرا عن النكاح طبعا اخّره عنه وضعا ليوافق الوضع الطبع والطلاق فى اللغة عبارة عن رفع القيد وفي عرف الفقهاء عبارة عن حكم شرعي برفع القيد النكاحي بالفاظ مخصوصة وسببه الحاجة المحوجة اليه وشرطه كون المطلق عاقلا بالغا والمرأة فى النكاح او العدة التي تصلح بها محلا للطلاق وحكمه زوال الملك عن المحل واقسامه ما يذكره *

باب طلاق السنة

ذهب بعض الناس الى ان ايقاع الطلاق ليس بمباح الا عند الضرورة لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذوات مطلاق والعامة على اباحته بالنصوص المطلقة لقوله تعالى لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ وقوله تعالى يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وامثالهما واقسامه ثلثة حسن واحسن وبدعي على ما ذكره فى الكتاب وهو ظاهر وقوله ولانه ابعد من الندامة حيث ابقى لنفسه مكنة التدارك بان يراجعها فى العدة وبعدها بتجديد النكاح من غير استحلال واقل ضررا بالمرأة حيث لم تبطل محليتها نظرا

نظرا اليه لان اتساع المحلية نعمة في حقهن فلا يتكامل ضرر الايحاش وقوله
ولاخلاف لاحد فى الكراهة اي في عدم الكراهة يعني لم يقل احد بكراهة هذا
الطلاق وقوله لان الاصل فى الطلاق هو الحظر لانه قطع للنكاح الذي هو سنة فيكون محظورا
وقوله والاباحة لحاجة الخلاص اي لضرورة التخليص عنها بتباين الاخلاق وتنافر الطباع
وهذا المعنى يحصل بالواحدة فلايحتاج الى الثانية ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في حديث
ابن عمر رضي الله عنهما وهو ما روى البخاري وغيره مسندا الى نافع عن عبد الله بن عمر
رضي الله عنهما انه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
فسأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال
صلى الله عليه وسلم مُرْهُ فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء
امسك بعد وان شاء طلق قبل ان يمسها فتلك العدة التي امر الله تعالى ان تطلق بها
النساء واشار به الى قوله تعالى فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ قال ان شاء امسك بعد وان شاء طلق
خيربين الامساك والطلاق ولوكان الطلاق الثاني بدعة لما فعل ذلك كذا في بعض
الشروح وليس هذا شرح ما فى الكتاب وانما شرحه ما روي ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال لابن عمر رضي الله عنهما حين طلق امرأة له وهي حائض ما هكذا
امرالله انما السنة ان تستقبل الطهر استقبالا وتطلقها لكل قرء تطليقة وقوله ولان الحكم يدار
على دليل الحاجة بيانه ان الاصل فى الطلاق الحظر كما قال مالك رحمه الله والاباحة
للحاجة بسبب العجز عن الامساك بالمعروف عند عدم موافقة الاخلاق والحاجة بسبب
العجز امر مبطن فاقيم دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة فيها
وهو الطهر الخالي عن الجماع مقامه فكلما تكرر دليل الحاجة جعلت كأنّ الحاجة الى
الطلاق تكررت فابيح تكرار الطلاق المفرق على الاطهار وقوله ثم قيل اختلف المشائخ
رحمهم الله في هذا الطلاق فقال بعضهم يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل

العدة وهورواية ابي يوسف رحمه الله عن ابي حنيفة رحمه الله واختاره بعض المشائخ وقال بعضهم يطلقها كما طهرت لانه لواخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلي بالايقاع عقيب الوقاع قال المصنف رحمه الله والاظهران يطلقها كما طهرت جعل هذا اظهر لان محمدا رحمه الله قال في الاصل واذا اراد ان يطلقها ثلثا طلقها واحدة اذا طهرت من الحيض وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة اوثلث في طهر واحد وهوحرام عندنا لكنه اذا فعل ذلك وقع الطلاق وبانت منه وحرمت حرمة غليظة وكان عاصيا وقال الشافعي رحمه الله كل طلاق مباح يعني في حد ذاته وانما قلت ذلك لئلا يرد على تعميمه الطلاق حالة الحيض وفي طهر قد جامعها فيه فان الطلاق في هذين الوقتين حرام عنده ايضا قال في تعليله لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم وهووقوع الطلاق وكل ماهو مشروع لايكون محظورا لان المشروعية لاتجامع الحظر فان قيل فكيف يصح العموم والطلاق في حالة الحيض حرام اجاب بقوله بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لاالطلاق وكذلك يقول المحرم فيما اذا طلقها في طهر جامعها فيه التباس امرالعدة عليها فانه اذا طلقها فيه يلتبس امرالعدة عليها لاتدري اهي حامل فتعتد بوضع الحمل اوغيرحامل فتعتد بالاقراء ثم قال لا اعرف في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة بل الكل مباح ولنا ان الطلاق الاصل فيه الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية من تحصين الفرج عن الزنا المحرم في جميع الاديان والدنيوية لما فيه من السكنى والازدواج واكتساب الولدان وكل ماهوكذلك ينبغي ان لايجوز وقوعه في الشرع الاانه ابيح لحاجة الى الخلاص كما تقدم ولا حاجة الى الجمع بين الثلث فان قيل كما لاحاجة الى الجمع بين الثلث فكذا لاحاجة الى المفرق على الاطهار اجاب بقوله وهي اي الحاجة في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهوالطهر كما تقدم والحكم يدار على دليل الحاجة

الحاجة لكونها امرا مبطنا فان قيل دليل الحاجة انما يقام مقام الحاجة فيما يتصور وجودها وههنا لا يتصور لان الحاجة الى الخلاص عن عهدة النكاح في الطهر الثاني والثالث مع ارتفاع النكاح بالاول غير متصور اجاب بقوله والحاجة في نفسها باقية يعني لاحتمال ان يكون سيئة الاخلاق بذية اللسان فيسد الزوج باب امكان التدارك مع صفائه عن عروض الندم قال فخر الاسلام وعلى هذا يجوز ان يباح الثلث جملة لكنها علة تعارض النص فلم يؤثره اظن انه اراد بالنص قوله تعالى اَلطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فانه يدل على انه مفرق ويجوز ان يراد به قوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر رضي الله عنه ان من السنة ان يستقبل الطهر استقبالا الحديث وقوله والمشروعية في ذاته جواب عن قوله والمشروعية لا تجامع الحظر ووجهه ان المشروعية لذاته لا يجوز ان يكون محظوراً لذاته اما اذا كان المشروعية لذاته والحظر لمعنى في غيره كما ذكرناه من فوات مصالح الدين والدنيا فلا تنافي اذ ذاك كالبيع وقت النداء والصلوة في الارض المغصوبة وقد قررناه في التقرير وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا انه لا حاجة الى الجمع بين الثلث وقوله واختلفت الرواية ظاهر **قوله** والسنة في الطلاق من وجهين السنة في الطلاق من وجهين احدهما في الوقت والآخر في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها وهي ان لا يزيد على الواحدة وسمي الواحد عددا مجازا لكونه اصل العدد وهو ما يكون نصف حاشيتيه والسنة في الوقت يثبت في المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لما ذكرنا ان شرعيته باعتبار الحاجة والمراعى له دليلها وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة فلم يكن فيهما دليل الحاجة ليقام مقامه وغير المدخول بها حيث لم ينل منها شيئا فالرغبة فيها باقية سواء كان في حالة الحيض او الطهر فلم يخرج طلاقها عن السني في اي وقت كان خلافا لزفر رحمه الله فانه يقيسها على المدخول بها وقوله ولنا واضح

وعورض بان ماذكر تم تعليل في مقابلة النص فان قوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر رضي الله عنه انما السنة ان يستقبل الطهر باطلاقه يدل على ان الطلاق في حالة الحيض ليس بسنة من غير تفرقة بين المدخول بها وغير المدخول بها ولا عبرة لخصوص السبب واجيب بان الخصوص لم يثبت بخصوص السبب بل بقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه مُرْهُ فليراجعها وان كانت المرأة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض لقوله تعالى وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ يعني ان اشكل عليكم حكم اعتدادها تين الطائفتين فحكمهن هذا وقوله وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ مبتدأ خبره محذوف اي واللائي لم يحضن فعدتهن ثلثة اشهر وقوله والاقامة في حق الحيض خاصة قيل هو اشارة الى ما اختاره بعض اصحابنا رحمهم الله ان الشهر قائم مقام الحيض خاصة دون الحيض والطهر جميعا كما اختاره آخرون وقال شمس الائمة رحمه الله ظن بعض اصحابنا ان الشهر في حق التي لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر في حق التي تحيض وليس كذلك بل الشهر في حقها بمنزلة الحيض في حق التي تحيض حتى يتقدر به الاستبراء ويفصل به بين طلاقي السنة وهذا لان المعتبر في حق ذوات الاقراء الحيض ولكن لا يتصور تجديد الحيض الا بتخلل الطهر وفي الشهور ينعدم هذا المعنى فكان الشهر قائما مقام ما هو المعتبر وفيه بحث من وجهين احدهما ما ذكره صاحب النهاية ان الشهر لما اقيم مقام الحيض فاذا اوقع الطلاق في اي شهر كان من الاشهر الثلثة كان موقع الطلاق في الحيض فكان حراما كما في حالة الحيض والثاني ما ذكره بعض الشارحين ان الشهر لو قام مقام الحيض خاصة لما احتيج الى اقامة ثلثة اشهر مقام ثلث حيض بل يكتفي باقامة شهر واحد مقام ثلث حيض لان الحيض اكثره عشرة ايام ومدة ثلث حيض تحصل في شهر واحد لكن اللازم منتف فينتفي الملزوم واجيب عن الاول بان هذه المدة

المدة طهر حقيقة ولكنها اقيمت مقام الحيض وما قام مقام الحيض لا يجوز ان يكون في معناه من كل وجه والا كان عينه لا قائما مقامه فكان قائما مقامه في انقضاء العدة والاستبراء خاصة الا يرى ان الطلاق بعد الجماع في ذوات الاقراء حرام وفي الآيسة والصغيرة ليس بحرام ولو كانت الاشهر بدلا عن الاقراء في جميع الاحكام لكان محرما كما في ذوات الاقراء كذا ذكره شيخ الاسلام رحمه الله والجواب عن الثاني ان الشرع اقام الاشهر مقام حيض تنقضي بها العدة وهي انما تكون في ثلثة اشهر غالبا فاقيمت الاشهر مقام الحيض التي كانت توجد فيها ولم تقم الاشهر مقام مدة الحيض حتى يكتفى بشهر واحد ولم تظهر لي فائدة هذا الاختلاف وما ذكره صاحب النهاية ان ثمرته تظهر في حق الزام الحجة فانهم لما اجمعوا على ان في الاستبراء يكتفى بالحيض لا غير من غير توقف الى الطهر والشهر قائم مقامه في حق التي لا تحيض علمنا ان الشهر قائم مقام الحيض لا غير لان الخلف انما يعمل فيما يعمل فيه الاصل واشتراط الحيض مع الطهر في ثلث حيض انما كان لتحقق عدد الثلثة لا لذات الطهر على ما ذكر في المبسوط ولو كان لذاته لاشترط فيما لا يشترط فيه العدد من الحيض فكانوا محجوجين بما قلنا الى هذا لفظه ليس بشيء كما ترى لان الزام الحجة على احد المختلفين لا يكون فائدة الاختلاف اذ البديهة تشهد بان غرض الانسان من الاختلاف في مسئلة لا يكون الزام الحجة على الخصم **قوله** ثم ان كان الطلاق في اول الشهر اذا كان ايقاع الطلاق في اول الشهر تعتبر الشهور القائمة مقام الحيض بالاهلة كاملة كانت او ناقصة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق اي في حق التفريق بين طلاقي السنة وذلك ثلثون يوما بالاتفاق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله لا يحكم بانقضاء العدة الا بتمام تسعين يوما من وقت الطلاق وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات على ما سيجيء ان شاء الله تعالى ويجوز ان يطلقها اي الآيسة او الصغيرة ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان قال شمس الائمة الحلوائي وكان

شيخنا رحمه الله يقول هذا اذا كانت صغيرة لا يرجى منها الحيض والحبل واما اذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض والحبل فالافضل ان يفصل بين جماعها وطلاقها بشهر ولا منافاة بينه وبين قول المصنف رحمه الله لان الافضلية لا تنافي الجواز وقال زفر رحمه الله يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض فيمن تحيض وفيها يفصل بين طلاقها ووطئها بحيضة فكذا هنا بشهر ولان الرغبة تفتر بالجماع فكانت بمنزلة ذوات الاقراء اذا جومعت في الطهر وانما تجدد الرغبة بزمان فلابد منه وهو الشهر * ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها اي في التي نحن فيها من الآيسة والصغيرة والكراهية اي كراهية الطلاق بعد الجماع في ذوات الحيض كانت باعتبار الحبل لان عند ذلك يشتبه وجه العدة فلا يدرى ان انقضاءها يكون بوضع الحمل او بانقضاء المدة وقوله والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذي ذكر جواب قول زفر رحمه الله ان الرغبة بالجماع تفتر وهو ظاهر واعترض بان جهة الرغبة والفتور لما تعارضتا تساقطتا بالمعارضة فرجعنا الى الاصل وهو ان الاصل في الطلاق الحظر لما مر فيحرم عدم الفصل بين وطئها وطلاقها وهو فاسد لان الاصل لا مدخل له في ايجاب الفصل بين الوطئ والطلاق لذاته وانما تأثيره ان لا يقع الطلاق اصلا ولا يتكرر كما تقدم وانما المدخل في ذلك لدليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وقد سقطت جهة الرغبة بالمعارضة فينتفي الحكم الدائر على الدليل وهو الفصل وقوله وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع واضح وقوله وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة يعني قوله تعالى فَطَلِّقُوهُنَّ لعدتهن قال ابن عباس رضي الله عنه اي لاطهار عدتهن ففي ذوات الاقراء فرق على الاطهار وفي حق الآيسة والصغيرة على الاشهر لانها في حقهن كالقروء في حق ذوات الحيض والشهر في حق الحامل ليس من فصول العدة لان مدة الحامل وان طالت فهي طهر واحد حقيقة وحكما الا يرى ان انقضاء العدة لا يتعلق به فصار كالممتدة طهرها فان طهرها وان امتد شهورا فهو فصل واحد لا يفرق التطليقات فيه

فيه ولهما ان اباحة الطلاق للحاجة لما تقدم ان الاصل فيه الحظر وانما ابيح عند الحاجة الى الخلاص عند العجز عن التقصي عن حقوق الزوجية والشهر دليل الحاجة كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا اي كون الشهر دليلا في حق الحامل كما في حق الآيسة والصغيرة لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح ان يكون علما ودليلا على وجود الحاجة والحكم يدار على دليلها فاذا وجد وجد ما ابيح لاجله الطلاق فيكون مباحا وقوله بخلاف الممتدة طهرها جواب عن قياس قول محمد رحمه الله بالفرق بان هناك لايصلح الشهر ان يكون علما لان العلم على الحاجة في حقها الطهر اي تجدده وهو مرجو فيها في كل زمان لانه يمكن ان تحيض فتطهر ولا يرجى تجدد الطهر مع الحمل لان الحامل لا تحيض **قوله** واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض اذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق ويستحب له ان يراجعها اما الوقوع فلان النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرنا يعني من قوله لان المحرم تطويل العدة فان الحيضة التي يقع فيها الطلاق لا يكون محسوبة منها فتطول العدة عليها نقل صاحب النهاية عن شيخه رحمه الله ان المراد بالنهي هنا هو النهي المستفاد من ضد الامر المذكور في قوله تعالى فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ اي لاطهار عدتهن والامر المذكور في قوله صلى الله عليه وسلم مر ابنك فليراجعها انه لما كان مأمورا برفع الطلاق الواقع في حالة الحيض لاجل الحيض كان منهيا عن ايقاعها في حالة الحيض وقال بعض الشارحين رحمه الله المراد بالنهي قوله تعالى وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا والنهي اذا كان لمعنى في غيره لا يمنع المشروعية كما عرف في الاصول واما الاستحباب فلقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه مر ابنك فليراجعها وكان قد طلقها في حالة الحيض وهذا الحديث يفيد الوقوع باقتضائه والحث على الرجعة بعبارته قال المصنف رحمه الله ثم الاستحباب قول بعض المشائخ رحمهم الله ووجهه ان ادنى الامر الاستحباب فيصرف اليه بقرينة ان الرجعة

حق له ولا وجوب على الانسان فيما هو حقه والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر
قيل الامر لعمر رضي الله عنه وحقيقة الوجوب على عمر رضي الله عنه ان يأمر ابنه
بذلك ولا دلالة في ذلك على الوجوب على ابنه واجيب بان فعل النائب كفعل
المنوب فصار كان النبي صلى الله عليه وسلم امره بذلك فيثبت الوجوب ويجوز ان
يقال فليراجعها امر لابن عمر رضي الله عنه يجب عليه المراجعة وقوله ورفع للمعصية معطوف
على قوله عملا وذلك لان رفع المعصية واجب ورفعها بعد وقوعها انما هو برفع اثره اي
اثر الطلاق الذي هو معصية وهو العدة ودفعا لضرر تطويل العدة برفعها بالمراجعة وقوله
قال يعني القدوري فاذا طهرت يعني بعد المراجعة وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها
وان شاء امسكها قال المصنف رحمه الله وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي رحمه الله
انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة ووفق الكرخي رحمه الله بين الروايتين فقال
ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة رحمه الله وما ذكر في الاصل قولهما والمصنف
رحمه الله ذكر وجه كل منهما ولم يرجع الى الحديث المروي في الباب لان كل واحدة
من الروايتين مروية في الحديث رواه البخاري مسندا الى نافع عن عبد الله بن عمر
رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضي الله عنه مُرْهُ فليراجعها ثم يمسكها
حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك بعد وان شاء طلق قبل ان يمسها وهذا يدل
على رواية الاصل وروى الترمذي في جامعه مسندا الى سالم عن ابن عمر رضي
الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضي الله عنه مُرْهُ فليراجعها ثم ليطلقها اذا طهرت
وهذا يدل على رواية الطحاوي واذا تعارضت الروايتان ذهب المصنف رحمه الله
الى بيان وجهيهما بالمعاني الفقهية وهو ظاهر **قوله** ومن قال لامرأته اعلم ان من قال
للمدخول بها انت طالق ثلاثا للسنة فاما ان يكون من ذوات الاقراء اولا وكل واحد منهما
على وجهين اما ان يذكر ذلك ولا نية له او نوى شيئا فان كانت من ذوات الاقراء ولا نية له

ولانية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة وان نوى ان تقع الثلث الساعة او عند رأس كل شهر
واحدة فهو على ما نوى سواء كانت تلك الساعة حالة الحيض او حالة الطهر وكذا رأس
كل شهر وقال زفر رحمه الله لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة وضد الشيء لا يراد به
ولنا ان اللام فيه اي في قوله للسنة للوقت والسنة تكون تارة كاملة ايقاعا ووقوعا وتارة وقوعا
فقط فكان كل منهما محتملا فاذا لم يكن له نية كان مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل
وهو السنة ايقاعا ووقوعا فيقع عند كل طهر لا جماع فيه تطليقة واذا نوى صرف لفظه
الى السنة وقوعا لان وقوع الثلثة دفعة او في حالة الحيض مذهب اهل السنة فهي
سني من هذا الوجه ومن حيث انه عرف صحة وقوعه بالسنة وهي ما روي عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال من طلق امرأته الفا بانت منه بثلث والباقي رد عليه
فان قيل الوقوع لا يتحقق الا بالايقاع لانه انفعاله فاذا صح الوقوع صح الايقاع فكان
سنيا وقوعا وايقاعا وليس كذلك أجيب بان الوقوع لا يوصف بالحرمة لانه ليس فعل
المكلف ولانه حكم شرعي وقوعا وهو لا يوصف بالبدعة والايقاع يوصف بها لكونه فعل المكلف
فكان الوقوع اشبه بالسنة المرضية فلهذا قال سني وقوعا وان كانت آيسة او من ذوات الاشهر
ولم يكن له نية وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل
الحاجة على ما بينا قبل هذا لان الشهر الواحد في حقها قائم مقام الحيض واذا نوى ان يقع
الثلث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر رحمه الله لما قلنا انه سني وقوعا واذا قال انت طالق
للسنة ولم ينص على الثلث ان كانت طاهرة لم يجامعها طلقت في الحال وان كانت حائضا
او في طهر جامعها فيه لم يقع الساعة فاذا حاضت وطهرت وقعت تطليقة لان قوله انت طالق
للسنة ايقاع تطليقة مختصة بالسنة المعرفة باللام وهي تلك وان نوى ثلثا جملة قال المصنف
رحمه الله لا تصح قيل وهكذا ذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات وعلاء
الائمة السمرقندي لان نية الثلث ان صحت فانما تصح من حيث ان اللام فيه للوقت

ووقت طلاق السنة متعدد فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورة تعميم الوقت تعميم الواقع فيه لانه جعل الوقت ظرفا للواقع وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف واذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فيبطل تعميم الواقع فيه لان بطلان المقتضي يوجب بطلان المقتضى فلا تصح نية الثلث بخلاف ما اذا ذكر ثلثا لان الثلث مذكور صريحا فتصح نيته وذكر صاحب الاسرار وشمس الائمه السرخسي وشيخ الاسلام رحمهم الله ان نية الثلث صحيحة جملة كما لو ذكر ثلثا لان التطليقة المختصة بالسنة المعرفة باللام نوعان حسن واحسن فالاحسن ان يطلقها في طهر لاجماع فيه والحسن ان يطلقها الثلث في ثلثة اطهار فاذا نوى الثلث فقد نوى احد نوعي التطليقة المختصة بالسنة فتصح نيته كما لو قال انت طالق ثلثا للسنة او طلاقا للسنة كذا في بعض الشروح وفيه نظر لان المدعى وقوعها جملة ودليله يدل على التفريق على الاطهار كما ترى ونقل قاضيخان فى الجامع الصغير عن الاصل انه يقع جملة كما لو ذكر ثلثا وفيه نظر لانه يستلزم التساوي بين العبارة والاقتضاء فى العموم وهو خلاف المذهب فان المقتضى لا عموم له عندنا ولعله سبب اختيار المصنف رحمه الله عدم الوقوع جملة *

فصل

لما ذكر طلاق السنة لكونه الاصل وذكر ما يقابله من طلاق البدعة شرع في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ دون الصبي والمجنون والنائم لقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون والمراد بالجواز النفوذ دون الحل الذي يقابل الحرمة لان فعل الصبي والمجنون لا يوصف بالحرمة فى المعاملات والنفوذ بالوقوع فمعناه كل طلاق نافذ الا طلاق الصبي والمجنون ولان اهلية التصرف بالعقل المميز ولا عقل للصبي والمجنون اما المجنون فظاهر واما الصبي فلان المراد به ما هو المعتدل منه والصبي وان اتصف بالعقل حتى صح اسلام الصبي العاقل لكنه ليس بمعتدل قبل البلوغ فلا يعتبر فيما له فيه

فيه مضرة والنائم عديم الاختيار في التكلم وشرط التصرف الاختيار فيه وطلاق المكره واقع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وهو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار لافساده اياه واعتبار التصرف الشرعي انما هو بالاختيار بخلاف الهازل فانه مختار فكان شرط التصرف فيه موجودا وقيد بقوله في التكلم بالطلاق اشارة الى ان المعتبر ذلك الا يرى ان من اراد ان يقول لامرأته اسقيني فقال انت طالق وقعت وان لم يكن مختار الحكمه لكونه مختارا في التكلم ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته اي حكمه لئلا يلزم تخلف الحكم عن علته وقوله قصد ايقاع الطلاق احتراز عن الاقرار به مكرها فانه لغو لكونه خبرا يحتمل الصدق والكذب وقيام السيف على رأسه دليل على انه كاذب فيه والمخبر عنه اذا كان كذبا فبالاخبار عنه لا يصير صدقا وقوله في حال اهليته احتراز عن الصبي والمجنون وتقرير حجته ان المكره قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته لانه عرف الشرين الهلاك والطلاق واختار اهونهما واختيار اهون الشرين آية القصد والاختيار وهو ظاهر وكل من قصد ايقاعه كذلك لا يعرى فعله عن حكمه كما في الطائع اذ العلة فيه دفع الحاجة وهو موجود في المكره لحاجته الى ان يتخلص عما توعد به من القتل او الجرح وقوله الا انه غير راض بحكمه جواب عما يقال لو كان المكره مختارا لما كان له اختيار فسخ العقد التي باشرها مكرها من البيع والشراء والاجارة وغيرها وليس كذلك ووجهه انه غير راض بحكمه فكان له فسخ العقود واما ههنا فعدم الرضاء بالحكم غير مخل به كالهازل وهو الذي يقصد السبب دون الحكم فان قيل بين الهازل والمكره فرق وهو يبطل القياس وذلك لان المكره له اختيار فاسد وللهازل اختيار كامل والفاسد في حكم العدم فلا يلزم من الوقوع في الهازل الوقوع في المكره اجيب بان للهازل اختيارا كاملا في السبب اما في حق الحكم وهو المقصود من السبب فلا اختيار له اصلا فكان اختيار الهازل ايضا غير كامل بالنظر الى الحكم فكانا متساويين فكان اعتبار احدهما بالآخر

جائز وطلاق السكران واقع واختار الكرخي رحمه الله والطحاوي رح عدمه والوجه من الجانبين على ما ذكره في الكتاب واضح خلا ان في كلامه تسامحا لانه جعل العقل زائلا بالسكر وليس كذلك عندنا لانه مخاطب ولا خطاب بلا عقل بل هو مغلوب ولما كان المغلوب كالمعدوم اطلق الزوال مجاراة للخصم حيث لم يضره ذلك واعترض بوجهين احدهما ان شرب المسكر كسفر المعصية فما بال السفر صار سببا للتخفيف دون شرب المسكر والثاني انه لما جعل العقل باقيا في الطلاق حكما زجرا له كانت الردة والاقرار بالحدود الخالصة اولى لان الزجر والعقوبة هناك اتم واجيب عن الاول بان الشرب نفسه معصية ليس فيه امكان انفصال ولا جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف اليها فجعل باقيا زجرا بخلاف سفر المعصية فان نفس السفر ليس بمعصية وامكن انفصالها عنه ابتداء وانتهاء فكان جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف والترخص اليها وعن الثاني بان الركن في الردة الاعتقاد والسكران غير معتقد لما يقول فلا يحكم بردته لانعدام ركنها لا للتخفيف عليه بعد تقرر السبب واما الاقرار بالحدود فان السكران لا يكاد يثبت على شيء فيجعل راجعا عما اقربه فيؤثر فيما يحتمل الرجوع وفي قوله بسبب هو معصية اشارة الى شيئين احدهما الفرق بين الشرب وسفر المعصية كما ذكرنا والثاني ان هذا الحكم مرتب على سكر يكون محظورا واما غيره وهو ان يكون من مباح كالبنج ولبن الرماك وغير الخمر اذا اكره على شربها بالقتل فهو كالاغماء في حق وقوع الطلاق والعتاق واكد ذلك بقوله حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه لانه لم يكن زواله بمعصية واعترض بان الصداع اثر الشرب فكان علة العلة والحكم يضاف اليها كما يضاف الى العلة فما باله لم يكن كذلك واجيب بان الاضافة الى علة العلة انما تكون اذا لم تكن العلة صالحة للاضافة وههنا صالحة لذلك لان زوال العقل مما يؤثر في عدم الوقوع كما اذا جن وقوله وطلاق الاخرس واقع ظاهر وقوله وطلاق الامة ثنتان اثث الطلاق باعتبار التطليقة وكلامه

كلامه ظاهر ووجه الاستدلال له بقوله صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء انه صلى الله عليه وسلم قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بجنس على حدة ثم اعتبار العدة بالنساء من حيث القدر فيجب ان يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابلة ولان صفة المالكية كرامة وكل ما هو كرامة فالآدمية مستدعية لها لكونه مكرما بتكريم الله تعالى قال الله تعالى وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ الآية ومعنى الآدمية في الحر اكمل لصلاحيته لما لا يصلح له العبيد من الولاية والشهادة ولخلوصه عن معنى المالية التي تجعل المملوك في كون البهائم ملزوزا فكانت مالكيته ابلغ واكثر فان قلت الدليل اخص من المدعى لان المدعى ان الطلاق بالزوج حرا كان او عبدا والدليل يدل على ان الزوج اذا كان حرا كان مالكا قلت اذا ثبت ذلك للحر ثبت للعبد لعدم القائل بالفصل ومذهبه قول عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما ولنا قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ووجه الاستدلال انه صلى الله عليه وسلم ذكر الامة بلام التعريف ولم يكن ثم معهود فكان للجنس وهو يقتضي ان يكون طلاق هذا الجنس اثنتين فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان للاماء ثنتان فلم تبق اللام للجنس فان قيل يجوز ان يكون المراد بها الامة تحت العبد عملا بالحديثين اجيب بانه يقتضي ان تكون الهاء في وعدتها عائدة اليها فيكون تخصيصا لها لكون عدتها حيضتين اذ لا مرجع للضمير سواها وليس كذلك فان عدة الامة حيضتان سواء كانت تحت حر او عبد بالاتفاق وفيه نظر لجواز ان يكون من باب الاستخدام فيكون المراد بالامة الامة تحت عبد والضمير عائد الى مطلق الامة والجواب ان ذلك خطابية لا يجدي في مقام الاستدلال ولان حل المحلية اي حل ان تكون المرأة محل النكاح نعمة في حق المرأة لانها تتوصل بذلك الى درور النفقة والكسوة والسكنى والازدواج وتحصين الفرج وغيرها وما هو نعمة في حقها يتنصف بالرق فان للرق اثرا في تنصيف النعم في الرجال فان العبد لا يملك من التزويج ما فوق

الاثنتين فكذا في حق النساء فانها لا تتزوج مع الحرة ولا بعدها وكان ذلك يقتضي ان لا يملك الزوج عليها الا عقدة ونصفا اي طلقة ونصف طلقة تنقيصا لحل المحلية الا ان العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتان ومذهبنا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وقوله وتاويل ما روى يعني قوله الطلاق بالرجال ان الايقاع بالرجال فان قيل هذا معلوم فلا يحتاج الى ذكره اجيب بل كان الى ذكره حاجة لان المرأة في الجاهلية اذا كرهت الزوج غيرت البيت فكان ذلك طلاقا منها فرفع ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال * واذا تزوج العبد امرأة باذن مولاه وطلقها وقع الطلاق ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لان ملك النكاح حق العبد لكونه من خواص الآدمية والعبد مبقى فيها على اصل الحرية وكان يجب ان يملك النكاح بدون اذن مولاه لكن لو قلنا به لتضرر المولى فيه فتركناه لاجله والله اعلم *

باب ايقاع الطلاق

لما فرغ من بيان اصل الطلاق ووصفه شرع في بيان تنويعه فقال الطلاق اي التطليق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك يقع بها طلاق رجعي لكون هذه الالفاظ صريحة فالصريح يعقب الرجعة بالنص وهو قوله تعالى وَبُعُولَتُهُنَّ اَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ وهو يشير بتسميته بعلا الى ان الطلاق الرجعي لا تبطل الزوجية ورد بانه قال احق بردهن والرد انما يستعمل فيما زال عنه ملكه واجيب بان البعل في اللغة اسم الزوج حقيقة وهي لا يترك الا بدليل واما لفظ الرد فقد يستعمل فيما لم يزل ملكه كالبائع جاريته بالخيار له وللمشتري فانه لم يثبت الملك فيها للمشتري ثم اذا فسخه يقال رد الجارية وان لم يزل عنها ملك البائع ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لان الصريح ما ظهر المراد به ظهورا بينا بكثرة الاستعمال وهذا كذلك والصريح يقوم لفظه مقام معناه

معناه فلا يفتقر الى النية وقوله وكذا اذا نوى الابانة معطوف على قوله وانه يعقب الرجعة يعني انه يعقب الرجعة اذا لم ينو شيئا وكذا اذا نوى الابانة لانه خالف الشرع حيث قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة قال الله تعالى فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ الامساك بالمعروف هو الرجعة والتسريح بالاحسان هو تركها حتى تنقضي العدة وتحقيقه ان الله تعالى سمى الرجعة الامساك والامساك ابقاء الشيء على ما كان فما دامت العدة باقية كانت ولاية الرجعة باقية واذا انقضت من غير رجعة بانت فصارت البينونة معلقة بالانقضاء كذا قالوا ولقائل ان يقول ان سلمنا دلالته على تعليق البينونة بالانقضاء جاز ان يكون المراد به ما لم ينو البينونة فلم يبق حجة فيما نوى فيه ولو قال لان الطلاق ثابت اقتضاء والمقتضى ضروري والضرورة تندفع بالرجعي فلا حاجة الى البائن لكان اسلم وموضعه اصول الفقه وقوله فيرد عليه يعني قصده وتقرير الحجة لانه قصد تقديم ما اخره الشرع الى وقت وكل من فعل كذلك يرد عليه قصده كما في قتل المورث اصله بقرة بني اسرائيل ولو نوى الطلاق عن وثاق بفتح الواو وهو القيد والكسر فيه لغة لم يدين في القضاء اي لم يصدق وحقيقته دينت الرجل تدينا وكلته الى دينه فاستعمل في التصديق مجازا لانه خلاف الظاهر لانه صرف الكلام عما هو صريح فيه الى ما ليس بمتعارف فيما عليه تخفيف وكذلك لا تسع المرأة ان تصدقه في ذلك ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله اذ الطلاق من الاطلاق يستعمل في الابل او الوثاق ويحتمل ان يكون الطلاق عبارة عنه مجازا ولو نوى به اي بقوله طالق الطلاق عن العمل لم يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهو قيل اي المرأة بتاويل الشخص او الذات وليس بشيء بل يعود الى القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح وتقريره الطلاق لرفع القيد النكاحي والقيد النكاحي غير مقيد بالعمل فالطلاق ليس لرفع القيد بالعمل وهذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق يستعمل

في التخليص فكان معناه انت مخلصة من العمل وهذا اذا لم يصرح بذكره اما اذا قال انت طالق من عمل كذا موصولا صدق ديانة رواية واحدة ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلا يكون صريحا واذا لم يكن صريحا كان كناية لعدم الواسطة والكناية تحتاج الى النية وقوله ولايقع به من كلام القدوري متصل بقوله فهذا يقع به الطلاق الرجعي اي لا يقع بكل واحد من الالفاظ الثلثة المذكورة الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي رحمه الله يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لكونه نعتا وهو لا يتحقق بدون المشتق منه ولهذا اي ولكونه محتمل لفظه يصح قران العدد به ويكون نصبا على التفسير وكل ما هو محتمل اللفظ تصح نيته ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلث طوالق وكل ما هو نعت فرد لا يحتمل العدد لانه ضده والضد لا يحتمل الضد وقوله وذكر الطالق جواب عن قوله فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة وتقريره ان الطالق نعت من الثلاثي وهو يدل على طلاق يكون صفة للمرأة لا على طلاق يكون بمعنى التطليق كالسلام بمعنى التسليم ومحل النية هو الثاني لانه فعل الرجل دون الاول لانه وصف ضروري تتصف به المرأة وليس بفعل الزوج لكنه يقتضي الثاني تصحيحا له فكان ثابتا ضرورة صحة الكلام والمقتضى لا عموم له وقوله والعدد الذي يقرن به جواب عن قوله ولهذا يصح قران العدد به وهو واضح وقوله واذا قال انت الطلاق واضح وقوله فصار بمنزلة قوله انت طالق اعترض عليه بان قوله انت الطلاق لو كان بمنزلة انت طالق لما صح فيه نية الثلث كما لا يصح في انت طالق واجيب بان نية الثلث انما لا تصح في طالق لانه نعت فرد كما تقدم واما الطلاق فهو مصدر في اصله وان وصف به فلمح فيه جانب المصدرية وصح فيه نية الثلث وبقية كلامه واضحة **قوله** ولو قال انت طالق الطلاق ولو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى

اخرى فان لم تكن موطؤة لغا الثاني وان كانت موطوءة يصدق وتقع طلقتان رجعيتان لان كل واحد منهما صالح للايقاع بتقدير المبتدأ في الثاني كما لو قال انت طالق وطالق ولو اضاف الطلاق الى جملتها مثل قوله انت طالق لان التاء ضمير المرأة وذكره هذا وان كان قد علم مما قبله تمهيدا الذكر ما بعده او الى ما يعبر به عن الجملة مثل قوله رقبتك طالق قال الله تعالى فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ولم يرد الرقبة بعينها وكذلك العنق قال الله تعالى فَظَلَّتْ أَعْنَاقُهُمْ لَهَا خَاضِعِينَ ولم يرد الاعناق بعينها حيث لم يقل خاضعة وكلامه واضح ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن كالاصبع والشعر والظفر والسن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وكل جزء مستمتع بعقد النكاح يكون محلا لحكم النكاح وما كان محلا لحكم النكاح كان محلا للطلاق لانه رافعه فيكون حالا محله فاذا اضيف اليه الطلاق يثبت الحكم فيه توفية لحق الاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع فان قيل لو كان الجزء المعين محلا لحكم النكاح لانعقد اذا اضيف اليه ثم سرى الى الكل اجاب بقوله بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان السراية ممتنعة اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء فتمنع عن السريان وفي الطلاق الامر على القلب يعني الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل في سائر الاجزاء وقوله ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله ظاهر وتوضيحه ان اليد والرجل ونحوهما اطراف وهي اتباع لا محالة فاذا ورد عليها دخل الاتباع كما في شراء ملك الرقبة فيكون ذكر الاصل ذكرا للتبع اما اذا ذكر التبع فلا يكون ذكرا الاصل فان قيل سلمنا ذلك لكن عبر النبي صلى الله عليه وسلم باليد عن جميع البدن في قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترده اجيب بان المراد به صاحب اليد على حذف المضاف وعندنا ان الزوج اذا قال اردت اضمار صاحبها طلقت وانما الكلام من حيث الحقيقة قال شمس الائمة الحلوائي رحمه الله

اذا قال لها رأسك طالق وعنى اقتصار الطلاق على الرأس لا يبعد ان يقول لا تطلق ولو قال يدك طالق واراد به العبارة عن جميع البدن لا يبعد ان يقول بانها تطلق واذا قال ظهرك طالق او بطنك طالق اختلف فيه المشائخ رحمهم الله فقال بعضهم يقع الطلاق لان الظهر والبطن في معنى الاصل اذ لا يتصور النكاح بدونهما بخلاف اليد والرجل قال المصنف رحمه الله والاظهر انه لا يصح اي الايقاع بكل واحد منهما لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن ولهذا لو قال ظهرك او بطنك علي كظهر امي لا يكون مظاهرا وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها طلقت تطليقة واحدة لانه ذكر بعض ما لا يتجزى وهو الطلاق اي نصف التطليق او ثلثه غير مشروع وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل كالعفو عن بعض القصاص صيانة للكلام عن الالغاء وتغليبا للمحرم على المبيح واعمالا للدليل بقدر الامكان لانه اذا قام الدليل على البعض وهو مما لا يتجزى وجب اكماله والا لزم ابطال الدليل وكذا الجواب في كل جزء سماه كالنصف والربع والثمن والسدس وغيرها لما بينا انه لا يتجزى ولو قال لها انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف تطليقتين تطليقة فثلثة انصاف تطليقتين تكون ثلث تطليقات ضرورة وهذه المسئلة من خواص الجامع الصغير قال فخر الاسلام رحمه الله انما اورد يعني محمدا رحمه الله هذه المسئلة لاشكال وهو ان كل عدد نصفته لا يكون الا نصفين فالقول بالثلثة في ذلك يجب ان يلغو والجواب انه اراد بهذه التسمية الطلاق يعني اراد ثلث تطليقات واستعمل في ذلك ثلثة انصاف تطليقتين باعتبار ما ذكرنا ان نصف تطليقتين اذا كان تطليقة فثلث انصافهما يكون ثلث تطليقات ومن الناس من قال لا يقع شيء لانه مهمل لا معنى له ومنهم من يقول تقع واحدة لان ذكر العدد صار لغوا فبقي قوله انت طالق ولقائل ان يقول هذا الكلام اما ان يكون حقيقة فيما اراد او مجازا ولا سبيل الى الاول لان اللفظ لم يستعمل فيما وضع له ولا الى الثاني لعدم تصور الحقيقة وعدم الاتصال والجواب انه مجاز وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه

لجوازه عند ابي حنيفة رحمه الله والاتصال موجود لانه من باب ذكر الجزء وارادة الكل وطولب بالفرق بين ما اذا قال لها انت طالق ثلثة ارباع تطليقتين لم تطلق الا ثنتين ولم يقل قد اوقع ثلث مرات ربع تطليقتين وربع تطليقتين نصف تطليقة ومن اوقع على امرأته ثلث مرات نصف تطليقة طلقت ثلثا واجيب بان جواب هذا اللفظ غير محفوظ وبعد التسليم فالفرق واضح فان الاجزاء التي اوقعها هناك وهي ثلثة ارباع موجودة في التطليقتين لان ربع التطليقتين نصف تطليقة فثلثة ارباع تطليقتين تطليقة ونصف فتقع تطليقتان فلا وجه الى صرف الكلام من ظاهره وههنا الاجزاء التي اوقعها غير موجودة في التطليقتين اذ ليس للتطليقتين ثلثة انصاف فلا حاجة لتصحيح كلامه سوى تصحيح كلام العاقل على ما ذكرنا ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة قيل تقع طلقتان وهو المنقول عن محمد رحمه الله في الجامع الصغير واليه ذهب الناطفي في الاجناس والعتابي في شرح الجامع الصغير وقال العتابي هو الصحيح لان ثلثة انصاف تطليقة تكون تطليقة ونصف تطليقة فصار كقوله انت طالق واحدة ونصف تطليقة وقال بعض المشائخ رحمه الله تقع ثلثة لان كل نصف يكون طلقة واحدة لان الطلاق لا يقبل التجزية فيصير ثلثة انصاف طلقة ثلث تطليقات لا محالة **قوله** ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين اذا طلقها مشتملا كلامه على الغايتين فاما ان تدخل الغايتان وهو قولهما او لا تدخل وهو قول زفر رحمه الله او يدخل الابتداء دون الانتهاء وهو قول ابي حنيفة رحمه الله والقسم الرابع وهو ان يدخل الانتهاء دون الابتداء لم يقل به احد وجه قول زفر رحمه الله ان غاية الشيء لا تدخل فيه والا لم تكن غاية كما في المحسوسات مثل قوله بعتك من هذا الحائط الى هذا الحائط وهو قياس محض وروي ان اباحنيفة رحمه الله حجه حيث قال له كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين فقال له اذن انت ابن تسع سنين فتحير وروى فخر الاسلام ان الاصمعي رحمه الله هو الذي حجه على باب الرشيد قال له ما تقول فيمن قال لامرأته انت طالق ما بين واحدة الى ثلث

قال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا يتناول الحدين فقال له ما تقول في الرجل قيل له كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين او يكون ابن تسعة فتحير زفر رحمه الله وقال استحسن في مثل هذا ويلزم على قوله ان من قال من واحدة الى واحدة لا يقع شيء وقيل يقع واحدة لانه لما جعل الشيء الواحد حدا ومحدودا الغى آخر كلامه لعدم تصور ذلك وبقي انت طالق ووجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام في العرف يراد به الكل كما يقال لغيره خذ من مالي من درهم الى مائة * ولابي حنيفة رحمه الله ان المراد بمثل هذا الكلام الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر وهو ما بينهما فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين او ما بين ستين الى سبعين ويريدون به ما ذكرناه يعني الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر قيل فيه نظر لانه لا يتمشى في قوله من واحدة الى ثنتين واجيب انه يتمشى فيه ايضا لان الاكثر فيه الثلث والاقل الواحد والاكثر من الاقل والاقل من الاكثر ثنتان وليس بشيء لان قوله لان الاكثر فيه يعني في الطلاق وليس الكلام فيه وانما الكلام في الاقل والاكثر في كلام المتكلم والثلث غير مذكور فيه واقول قوله ان المراد به الاكثر من الاقل معناه اذا كان بينهما عدد كما في قوله من واحدة الى ثلث وقوله سني من ستين الى سبعين وقوله والاقل من الاكثر معناه اذا لم يكن بينهما ذلك كما في قوله من واحدة الى ثنتين وعلى هذا الاعتراض ساقط وقوله وارادة الكل جواب عن قولهما يراد به الكل كما يقال لغيره خذ من مالي من درهم الى مائة وهو ظاهر وقوله ثم الغاية الاولى جواب عن قول زفر رحمه الله ووجهه ان القياس ان لا تدخل الغايتان كما ذكرت الا ان الغاية الاولى لابد وان تكون موجودة لانه او قع الثانية ولا يصح الا بعد وجود ما يترتب عليه الثانية ووجودها بوقوعها وقوله بخلاف البيع جواب عن قوله كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط ووجه ذلك ان القياس فاسد لان الغاية في المقيس عليه موجودة قبل جعلها غاية فلا ضرورة في ادخالها واما في صورة النزاع فانها ليست بموجودة ولا بد من وجودها ليترتب عليه

عليه الثانية ووجودها بوقوعها والحاصل انا لم نقل بان الغاية داخلة وانما قلنا انه لابد من وجودها لضرورة الثانية ووجودها وقوع ونوقض بما لو قال انت طالق تطليقة ثانية لم يقع الا واحدة ولم يضطر فيه الى الاولى لوقوع الثانية واجيب بان قوله ثانية صار لغوا بخلاف قوله من واحدة الى ثلث فانه كلام معتبر في ايقاع الطلاق بالاتفاق ولا يتحقق ذلك الا بعد وقوع الاولى ولو نوى في قوله من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين واشباههما واحدة صدق ديانة لانه محتمل كلامه لا قضاء لانه خلاف الظاهر لما ذكرنا ان مثل هذا الكلام يراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم تكن له نية فهي واحدة وقال زفر رحمه الله تقع ثنتان لعرف الحساب فيما بينهم ان واحدة في ثنتين اثنتان ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب لان الغرض ازالة كسر يقع عند القسمة فمعنى واحدة في ثنتين واحدة ذات جزئين وتكثير اجزاء الطلقة لا يوجب تعددها كما لو قال انت طالق طلقة ونصفها وثلثها وربعها وسدسها وثمنها لم يقع الا واحدة فان نوى واحدة وثنتين فهي ثلث لانه محتمل لان الواو للجمع والظرف يجمع الى المظروف وقوله ولو كانت غير مدخول بها واضح وان نوى واحدة مع ثنتين وقع الثلث سواء كانت مدخولا بها او لم تكن لان كلمة في تأتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فَادْخُلِي فِي عِبَادِي عند بعض اهل التاويل وهذا لان احد العددين لا يصلح ظرفا للآخر وبين الظرف والمظروف معنى من المعية فاستعير له ولو نوى الظرف تقع واحدة لان الطلاق معنى فتهي لا يصلح ان يكون ظرفا للغير فيلغو ذكر الثاني * ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب والضرب تضعيف احد العددين بقدر ما في العدد الآخر كاربعة في خمسة يحصل عشرون لان العشرين تضعيف الاربعة خمس مرات او تضعيف الخمسة اربع مرات فهي ثنتان وعند زفر رحمه الله ثلث لان قضيته ان يكون اربعا بعرف الحساب لكن لا مزيد للطلاق

على الثلث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه يعني في قوله ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب * ولو قال انت طالق من ههنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر رحمه الله هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول والطول يستعمل في القوة وقوة الشيء انما تظهر بامتناعه عن قبول الابطال وذلك في البائن دون الرجعي فان قيل اذا صرح بذكر الطول فقال انت طالق تطليقة طويلة وقع رجعيا عنده فكيف صح تاويله بالطول اجيب بانه اذا قال الى الشام كنى عن الطول والكناية اقوى من الصريح لكونها دعوى الشيء ببينة وموضعه علم البيان واقول هذه خطابية لا تكاد تنهض في مقام الاستدلال وقيل يجوز ان يكون عنده في هذه المسئلة روايتان وهذا اقرب وقلنا لا بل وصفه بالقصر لانه اذا وقع وقع في الاماكن كلها فتخصيصه بذكر الشام تقصير بالنسبة الى ما وراءه * ولو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذا لو قال انت طالق في الدار لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان آخر وقوله وان عنى به ظاهر وقوله عند تعذر الظرفية انما تعذر الظرفية لان الفعل لا يصلح ظرفا للطلاق على ان يكون شاغلا له فيحمل على الشرط لمقارنته اي لمناسبة بين الشرط والظرف لان الظرف يسبق المظروف كما ان الشرط يسبق المشروط قاله شمس الائمة رحمه الله وقيل لان الظرف يجامع المظروف كما ان الشرط يجامع المشروط *

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

ذكر ههنا فصولا مترادفة بحسب اضافة الطلاق وتنويعه وتشبيهه واضافة الطلاق تاخير حكمه عن وقت التكلم الى زمان يذكر بعده بغير كلمة شرط ولو قال انت طالق غدا على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله نوى التخصيص في العموم وهو اي العموم يحتمل التخصيص فكان من محتملات كلامه ونية المحتمل صحيحة فيصدق ديانة لكنه مخالف

مخالف للظاهر لان الغد اسم لجميع اجزاء النهار فلا يصدق قضاء ولقائل ان يقول العام
مايتناول افرادا متفقة الحدود ولفظ الغد ليس كذلك وما يتوهم فيه من الاول والوسط
والآخر فهو من اجزائه لا من افراده وحينئذ لا يكون نية آخر النهار مخصوصة فلا عموم
ولا تخصيص والجواب ان المراد به الحقيقة والمجاز فان اطلاق لفظ الكل وارادة الجزء
مجاز لا محالة ولو قال انت طالق اليوم غدا ظاهر واعترض بانه لم لا يجعل غدا ظرفا للطلاق
آخر واجيب بانه يحتاج الى تقدير انت طالق والاصل خلافه فلا يصار اليه في غير موضع
الضرورة وفيه نظر لان صون كلام العاقل عن الالغاء نوع ضرورة والاولى ان يقال
وصفها بالطلاق اليوم وغدا وبالطلقة الواحدة يحصل هذا المقصود فلا حاجة الى غيرها
وعلى هذا كان كلامه مصونا عن الالغاء فان قيل هذا لا يتم في الصورة الثانية وهي قوله
انت طالق غدا اليوم لانه وصفها بالطلاق غدا والموصوف به غدا لا يكون موصوفا به اليوم
اجيب بان ايقاع الثانية فيها يفضي الى المكروه وهو ايقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسعى
لاثباتها فيكون الثاني لغوا ولو قال انت طالق في غد على ماذكره في الكتاب ظاهر
وقوله على مابينا اشارة الى قوله لانه نوى التخصيص في العموم وهو محتمله مخالفا للظاهر
وقد علمت مافيه وقوله لابي حنيفة رحمه الله انه نوى حقيقة كلامه قيل فيه اشارة الى
الجواب عن قولهما مخالفا للظاهر وتقريره ان خلاف الظاهر انما لا يدين في القضاء اذا
لم تكن نيته مصادفة لحقيقة كلامه وههنا صادفها فيدين قضاء وديانة الا يرى ان من حلف
ان لا يتزوج النساء ونوى جميع النساء صدق ديانة وقضاء وان كان مخالفا للظاهر لمصادفة
نيته حقيقة كلامه وفيه نظر لان الحقيقة لا تحتاج الى النية وانما يحتاج اليها ماهو من
محتملات كلامه كالمجاز ويمكن ان يجاب عنه بعد معرفة ان في غد لا يقتضي الاستيعاب
وهو حقيقة وغد يقتضيه وهو حقيقة بدليل قوله تعالى إِنَّا لَنَنْصُرُ رُسُلَنَا وَالَّذِينَ آمَنُوا فِي الْحَيٰوةِ الدُّنْيَا
وَيَوْمَ يَقُومُ الْأَشْهَادُ فانه لاستيعاب فيما فيه الحرف وهو ثابت فيما لا حرف فيه وبيانه ان الله تعالى

ذكر نصرة الرسل والمرسل اليهم فى الدنيا مقرونة بحرف في وذكر نصرتهم فى الآخرة غير مقرونة بها في هذه الآية لان نصرة الله اياهم فى الآخرة دائمة واما نصرتهم فى الدنيا فكانت تقع في بعض الاوقات لانها دار الابتلاء وكلما هو حقيقة في احدهما فهو مجاز في الآخر واذا عرف هذا فتكون نيته حقيقة الكلام من باب بيان التقرير وهو توكيد الكلام بما يقطع احتمال المجاز فكان من الجائز قبل بيان نيته ان يكون مراده بقوله في غد مجازه وهو الاستيعاب فاذا بينها قطع احتمال المجاز وموضعه اصول الفقه وباقي كلامه واضح بعد معرفة ما ذكرناه ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة معهودة اي معلومة منافية لمالكية الطلاق لانها لم تكن في ملكه في ذلك الوقت الذي اضاف اليه الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق او تخلق ولانه امكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح فكأنه قال ما كنت امس في قيد نكاحي واذا امكن ذلك صير اليه لكونه موضوعا له دون الانشاء وفيه نظر لان الطالق من اتصفت بوقوع طلاقها بتطليق الزوج وهو غير متصور لان المطلق ان كان هذا الزوج فليس بمستقيم لانها لم تكن في قيد نكاحه وان كان غيره فهو المذكور بقوله او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج فيكون تكرارا وايضا قوله انت طالق موضوع للاخبار لغة ولا نسلم ان امكان المصير الى المفهوم اللغوي يمنع المصير الى المفهوم الشرعي فان ذلك يفضي الى ابطال كثير من المفهومات الشرعية والجواب عنهما ان قوله انت طالق امس لمن تزوجها اليوم اما لغو لعدم شرطه وهو الملك وقت الطلاق او محمول على الاخبار عن عدم النكاح مجازا فان رفع النكاح يستلزم عدمه وامكان المصير الى المفهوم اللغوي انما لا يمنع المصير الى المفهوم الشرعي اذا لم يفض الى اللغو فاما اذا افضى اليه منعه صونا لكلام العاقل عن الالغاء وقوله او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج يعني ان هذه المرأة اما ان تكون مطلقة زوج آخر اولا فان كان الثاني جعل قوله انت طالق امس اخبارا عن

عن عدم النكاح مجازا و ان كان الاول جعل اخبارا عن كونها مطلقة ذلك الزوج
ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية وهو واضح ولا يمكن
تصحيحه اخبارا ايضا وهذا على الوجه الاول واضح ايضا واما على الوجه الثاني فانما يستقيم
اذا كانت غير مطلقة لغيره من الازواج واما اذا كانت مطلقة فلا يستقيم الا اذا جعل
نكاح هذا الزوج رافعا لتلك النسبة وفيه ما فيه وقوله ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك
وما بعده واضح وقوله كما في قوله ان لم آت البصرة يعني كما اذا قال لها انت طالق ان لم آت
البصرة لا يقع الطلاق حتى يقع الياس عن الاتيان فاذا انتهى الى الموت فقد يقع الياس
فوجد الشرط والمحل قابل والملك باق فوقع فكذلك ههنا وموتها بمنزلة موته يعني يقع الطلاق
قبيل موتها ايضا وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية النوادر فانه قال فيها لا يقع الطلاق
بموتها لان الزوج قادر على ان يطلقها ما لم تمت وانما عجز بموتها فلو وقع الطلاق لوقع
بعد الموت وهو نظير قوله ان لم آت البصرة وجه ظاهر الرواية ان الايقاع من حكمه الوقوع
وقد تحقق العجز عن ايقاعه قبيل موتها لانه لا يعقبه الوقوع كما لو قال انت طالق مع موتك
فيقع الطلاق قبيل موتها بلا فصل ولا ميراث للزوج لان الفرقة وقعت بينهما قبل موتهما
بايقاع الطلاق عليها والفرق بين رواية مسئلة الكتاب وبين قوله انت طالق ان لم آت
البصرة حيث لا يقع الطلاق بموتها فيه وفي مسئلة الكتاب يقع في ظاهر الرواية هو ان
في مسئلة الكتاب تحقق شرط الوقوع وهو عدم التطليق في زمان يمكن التطليق
وهو آخر جزء من اجزاء حيوته فتطلق لوجود الشرط بخلاف قوله ان لم آت البصرة
لانه لا يتحقق الشرط بموتها لانه قادر على اتيانه بصرة فلم يتحقق الشرط فلا يقع الطلاق
قوله ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك اذا قال لها انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك
فاما ان نوى شيئا او لم ينو فان كان الاول فان نوى الوقت وقع في الحال وان نوى
الشرط وقع في آخر العمر لان اللفظ يحتملهما ونية المحتمل صحيحة وان كان الثاني فقد

اختلف فيه العلماء قال ابو حنيفة رحمه الله لم تطلق حتى يموت وقالا طلقت حين سكت
الزوج لان كلمة اذا موضوعة للوقت وتستعمل للشرط من غير سقوط الوقت كمتى
وهو مذهب البصريين واستدل لهما بقوله تعالى إِذَا الشَّمْسُ كُوِّرَتْ لافادة الوقت
الخالص في امر مترقب اي منتظر لا محالة وبقوله واذا تكون كريهة ادعى لها * واذا
يحاس الحيس يدعى جندب * لافادته في امر كائن في الحال واشار بقوله فصار بمنزلة قوله
متى ومتى الى عدم سقوط معنى الوقت عند استعماله شرطا واستوضح كونه بمعنى
متى بقوله ولهذا لو قال لامرأته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام
عن المجلس كما في قوله متى شئت ولو كان بمعنى ان لخرج الامر من يدها بالقيام عن
المجلس كما في ان ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة اذا مشتركة بين الظرف والشرط
يستعمل فيهما وهو مذهب الكوفيين واستدل على ذلك بقول الشاعر في نصيحة ابنه *
واستغن ما اغناك ربك بالغنى * واذا تصبك خصاصة فتجمل ووجه ذلك ان اصابة
الخصاصة من الامور المترددة وهي ليست بموضع اذا فكانت بمعنى ان ولم يستدل
على جانب الظرفية اكتفاء بدليلهما واذا كانت مشتركة لم يجز استعمالها فيهما دفعة
فان اريد به الشرط لم تطلق في الحال وان اريد به الوقت طلقت فلا تطلق بالشك والاحتمال
بخلاف مسئلة المشيئة لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه
للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك وفيه نظر لان الامر صار بيدها بقوله
اذا شئت فلا يمكن ان يكون مخرجا للامر عن يدها والا لزم ان يكون الشيء الواحد علة
للضدين والجواب ما قررناه في التقرير فليطلب ثم ولو قال لها انت طالق مالم اطلقك
انت طالق فهي طالق بهذه التطليقة وهي طالق واوله بقوله موصولا لانه اذا قال ذلك مفصولا وقعتا قياسا واستحسانا
لانه وجد الزمان الخالي عن التطليق وقوله واخواته يريد نحو قوله لا يلبس هذا الثوب
وهو لابسه ولا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزعه في الحال ونزل منها لا يحنث وان

وان كان اللبس القليل والركوب القليل يوجد ان وقت الاشتغال بالنزع والنزول وقوله ومن قال لامرأة يوم اتزوجك فانت طالق ههنا ثلثة الفاظ النهار والليل واليوم اما النهار فللبياض خاصة واما الليل فللسواد خاصة ذلك حقيقتهما اللغوية واما اليوم فانه يستعمل في بياض النهار خاصة ومطلق الوقت بالاشتراك عند بعض والصحيح وهو مذهب الاكثر ان اطلاقه على مطلق الوقت مجاز لان حمل الكلام على المجاز اولى من الاشتراك لعدم اختلال الفهم لوجود القرينة وعلى التقديرين لايخلو من الظرفية فيترجح احد معنييه على الآخر بما قرن به فان كان ممتدا وهو ما يصح فيه ضرب المدة كاللبس والركوب والمساكنة وغيرها لصحة ان يقال لبست يوما او ركبت يوما او ساكنت يوما يحمل على بياض النهار لانه يراد به المعيار وهذا اليق به وان كان مما لا يمتد به كالخروج والدخول والقدوم لعدم صحة تقديرها بزمان اذ لا يقال خرجت او دخلت او قدمت يوما يحمل على مطلق الوقت اعتبارا للتناسب بين الظرف والمظروف قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال الآية والمراد به مطلق الوقت لان الفار من الزحف يلحقه الوعيد ليلا كان او نهارا وقوله والطلاق من هذا القبيل يعني انه من قبيل ما ليس بممتد فينتظم الليل والنهار يشير الى انه اعتبر المظروف دون المضاف اليه لانه لتمييز المضاف بين سائر الايام ولهذا لم يعمل فيه باتفاق اهل اللغة وكذا اذا قيل عبدي حر وامرأتي طالق يوم يقدم فلان وامرك بيدك او اختاري يوم يقدم فلان يعتق عبده وتطلق امرأته بقدومه ليلا او نهارا لعدم المجاز ولم يكن الامر والاختيار بيدها بقدومه ليلا مع اتحاد المضاف اليه فيهما لامتداد المظروف في الثاني دون الاول واعتبار عامة المشائخ رحمهم الله انما هو فيما لا يختلف فيه الجواب بالنظر الى حصول المقصود وهو ما اذا كان المظروف والمضاف اليه كلاهما مما لا يمتد كقوله يوم يقدم فلان فانت طالق ولهذا لم يعتبر كلهم فيما اذا اختلف الجواب فيه كمسئلة الاختيار والامر باليد الا المظروف فان قيل اعتبر المصنف رحمه الله المضاف اليه

في مسئلة يوم اكلم فلانا فامرأته طالق مع اختلاف الجواب لان الكلام مما يمتد اجيب بان ذلك انما هو باعتبار ان الكلام عنده غير ممتد كما قاله بعض المشائخ رحمهم الله وحينئذ لا يختلف الجواب فيجوز اعتباره لاستقامة الجواب وهو المقصود ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه وقد تقدم وجه صحة نية الحقيقة مع استغنائها عنها *

فصل

لما كان اضافة الطلاق الى النساء مخالفة لاضافته الى الرجال ذكرها في فصل على حدة وذكر فيه مسائل اُخر متنوعة وكان حقها ان تذكر في مسائل شتى ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال انا منك باين او عليك حرام ونوى الطلاق طلقت وقال الشافعي رحمه الله يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بين الزوجين فان الحل مشترك بينهما وهو ظاهر وكذلك النكاح لما ذكر في الكتاب انها تملك المطالبة بالوطيء كما انه يملك المطالبة بالتمكين ولانهما يسميان متناكحين ويذكر كل منهما في عقد النكاح والطلاق وضع لرفع ذلك لا محالة وكل ما وضع لذلك صح مضافا اليه كما صح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم وقلنا لانسلم ان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بل وضع لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا يرى انها هي الممنوعة عن التزوج والبروز سلمنا انه وضع لذلك لكن ملك النكاح له عليها لانها مملوكة والزوج مالك وهذا لانها تملك بالنكاح المهر والنفقة في مقابلة النكاح ولا يمكن ان يجتمع البدلان في ملك شخص واحد وقوله ولهذا اي ولانها مملوكة سميت منكوحة اي وارد عليها ملك النكاح بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصحت اضافتهما

اضافتهما الى الزوجين ولا تصح اضافة الطلاق الا اليها * قيل لو كان الزوجان في الابانة والحل مشتركين لا تحدا في حق اضافة الابانة والحرمة اليهما واللازم باطل فانه اذا قال انت بائن او حرام ونوى الطلاق وقع ولو قال انا بائن او حرام ونوى الطلاق لم يقع مالم يقل منك او عليك واجيب بان هذا الاختلاف لم ينشأ من عدم الاشتراك بل من حيث تعدد الملك والحل من جهته دونها فانه ليس عليها ملك غيره ولا تحل على غيره ما دامت في عصمته فكانت الجهة متعينة فاكتفى بقوله انت بائن او حرام واما الزوج فله ملك على غيرها ويحل على غيرها وان كانت في عصمته فلابد من ذكر منك او عليك تعيينا للجهة وقوله ولو قال انت طالق واحدة اولا فليس بشيء ظاهر وقوله ولا فرق بين المسئلتين يعني بين قوله انت طالق واحدة اولا وبين قوله انت طالق واحدة اولا شيء في حق التشكيك في الايقاع او في حق الوضع وقوله ولو كان المذكور ههنا اي في الجامع الصغير قول الكل فعن محمد رحمه الله فيه روايتان لانه لم يذكر الخلاف في وضع الجامع الصغير في انه لا يقع شيء فكان عند محمد رحمه الله ايضا لا يقع شيء ثم ذكر قول محمد رحمه الله في طلاق المبسوط بان عنده تطلق واحدة رجعية اذا قال انت طالق واحدة اولا شيء ولا تفاوت بين الوضعين وذلك يستلزم ورود الروايتين عنه وقوله له اي لمحمد رحمه الله انه ادخل الشك ظاهر وقوله ولهما اي ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان الوصف يعني انت طالق متى قرن بالعدد مثل ان يقول انت طالق واحدة او ثنتين او ثلثا كان الوقوع بذكر العدد واطلق العدد على الواحد مجازا من حيث انداصل العدد ومعنى كلامه ان الوصف متى قرن بالعدد كان الكل كلاما واحدا في الايقاع فحينئذ كان الشك الداخل في الواحدة داخلا في الايقاع فكان نظير قوله انت طالق اولا وهناك لا يقع شيء بالاتفاق فكذلك ههنا واستوضح ذلك بقوله الا يرى وهو واضح وقوله على ما مر اراد به قوله كان الوقوع بذكر العدد وقوله فلا اجتماع بين المالكية

والمملوكية قد تقدم تقريره مستوفىً وقوله فلان ملك النكاح ضروري بيانه ان ملك النكاح اثبات الملك على الحرة وهو على خلاف القياس وما هو كذلك فهو ضروري فاذا طرأ عليه الحل القوي وهو ملك اليمين ينتفي الحل الضروري لضعفه فان قيل هذا مسلم فيما اذا ملك الزوج جميع منكوحته بملك اليمين فاما اذا ملك شقصا منها فينبغي ان لا ينتفي الحل الثابت بينهما بالنكاح لانه لم يطرأ عليه لا حل قوي ولا ضعيف اجيب بان ملك اليمين دليل الحل فقام مقامه تيسيرا ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه يعني من حيث العدة لانها اثر من آثاره فلا تجب مع وجود المنافي والا لكان ملك النكاح باقيا من وجه ولا من كل وجه يعني من حيث ملك النكاح وعلى هذا كان قوله لا من وجه ولا من كل وجه متعلقا بقوله ولا بقاء وقيل لا من وجه يعني اذا ملك الشقص ولا من كل وجه يعني اذا ملك الجميع وعلى هذا يتعلق بقوله مع المنافي وقوله لا عدة هنالك يعني في حق مولاها الذي كان زوجها اي لا يظهر اثر عدتها بدليل حل وطئها واما العدة في نفسها فواجبة حتى لو اعتقها ليس لها ان تتزوج بآخر قبل انقضاء عدتها **قوله** وان قال لها وهي امة لغيره ومن قال لامرأته وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق وهذا الكلام يحتاج الى بيان انه تعليق مع عدم شيء من آداته وانه تعليق التطليق والمذكور هو الطلاق وانه تعليق التطليق بالاعتاق او العتق اما انه تعليق فلما بينه المصنف رحمه الله بقوله والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود والحكم تعلق به والمذكور يعني بقوله مع عتق مولاك اياك بهذه الصفة لان الاعتاق من المولى امر متردد بين الوجود والعدم والحكم وهو الطلاق تعلق به فكان العتق شرطا ووقوع الطلاق مشروطا واما انه تعليق التطليق فلان تصرف المرأ انما ينفذ فيما يملكه وهو التطليق دون الطلاق لكونه امرا شرعيا ليس داخلا تحت قدرته واشار

واشار الى ذلك بقوله والمعلق به التطليق لان في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا بناء على ان الشرط عندنا يمنع علية العلة الى زمان وجوده كما عرف في الاصول واما انه تعليق التطليق بالاعتاق او العتق فلما قال لان اللفظ ينتظمهما اي يتناولهما على سبيل البدل اما الاعتاق فعلى طريق الاستعارة لما ان العتق لما لم يتصور في غير القريب الا بالاعتاق كان من باب ذكر الحكم وارادة علته واما العتق فعلى طريق الحقيقة وهو الملفوظ فثبت انه علق التطليق بالاعتاق او العتق واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده لان الجزاء يعقب الشرط ثم الطلاق يوجد بعد التطليق بعدية ذاتية لكونه حكمه فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلم تحرم بالثنتين حرمة غليظة بقي عليه شئ وهو ان كلمة مع للمقارنة فيكون منافيا لمعنى الشرطية واجاب عنه بقوله قلنا قد يذكر للتاخر كما في قوله تعالى فَاِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا اِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط ضرورة تصحيح الكلام وفيه بحث من وجهين احدهما ان قوله مع عتق مولاك اياك لا يصح الا لمعنى الاعتاق فما وجه الشق الثاني من الترديد والثاني انه على ذلك التقرير يجب ان يقع طلاق من قيل لها وهي اجنبية انت طالق مع نكاحك لانه يكون بمعنى ان نكحتك لكن لا يقع والجواب عن الاول ان وجه النظر الى لفظ العتق ليتبين اثره فيما اذا قال لها انت طالق مع عتقك في عدم اختلاف الحكم بينه وبين الصورة المذكورة في الكتاب وعن الثاني بان العدول عن معنى القران الذي هو حقيقة مع انما كان ضرورة صيانة كلام من يملك التصرف في ذلك تنجيزا وتعليقا مطلقا وفيما ذكرتم ليس كذلك فانه لا يملك التنجيز ولا التعليق الا بالنكاح بصريح الشرط ولا يلزم من صيانة كلام النادر طلقا صيانة كلام من ليس كذلك واذا قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد حرمت عليه حرمة غليظة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله

زوجها يملك الرجعة كما في المسئلة المتقدمة واعلم ان دليل محمد رحمه الله على ما ذكر في الكتاب ليس بصحيح ولا يقبل الاصلاح بالعناية وانا اذكره بتوضيح تبعا للمصنف رحمه الله قال لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى معنىً يعني على وجه التعليق حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى فكانا مقترنين في ذلك الشرط وهي مجيء الغد والمعلق بالشرط انما ينعقد سببا عند الشرط فكانا مقترنين في السببية لحكمهما ايضا والعتق يقارن الاعتاق لانه علته والحكم لا يتأخر عن العلة زمانا عند المحققين سواء كانت العلة شرعية او عقلية اصله الاستطاعة مع الفعل كما عرف فيكون التطليق مقارنا للعتق لان التطليق مقارن للاعتاق على ما ذكرنا والاعتاق مقارن للعتق لما ذكرنا انه علة لا يتأخر عنها فالتطليق يقارن العتق وهذا كله صحيح وقوله فتطلق بعد العتق فاسد لان الطلاق حكم التطليق لا يتأخر عنه والتطليق يقارن الاعتاق والاعتاق يقارن العتق فالطلاق يقارن العتق فان المقارن للمقارن للشيء مقارن لذلك الشيء فكيف يقع بعده واذا كانت العلتان والمعلولان معا فكما ان الاعتاق صادفها وهي امة فكذلك التطليق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة وظهر من هذا جميع ما ذكره وقد ذكر محمد رحمه الله ايضا ان قوله انت حرة اوجز من قوله انت طالق ثنتين وهذا اي الاعتاق والتطليق يوجد ان بهذين اللفظين في زمان واحد فيقدم اوجزهما في الوجود وهو قوله انت حرة فتصادفها التطليقتان وهي حرة فيملك الرجعة عليها وهذا قريب الا ان قوله في زمان واحد يناقض قوله فيقدم اوجزهما *

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

ذكر وصف الطلاق بعد ذكر اصله وتنويعه في فصل على حدة لكونه تابعا ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث لان الاشارة بالاصبع تفيد العلم

العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال النبي صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وهكذا وخنس الابهام في الثالثة يعني ان الشهر يكون تسعة وعشرين يوما ومعنى خنس قبض فان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بثنتين فهي ثنتان وقد طعن بعض الجهال على محمد رحمه الله في قوله سبابة بانه اسم جاهلي والاسم الشرعي المسبحة واجيب بانه جاء في الحديث السبابة روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال كيف الطهور فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بماء وتوضأ فادخل اصبعيه السبابتين اذنيه ومسح بابهاميه ظاهر اذنيه وبالسبابتين باطن اذنيه رواه الطحاوي رحمه الله في شرح الآثار وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم وقوله والاشارة تقع بالمنشورة منها ظاهر وقوله ولنا انه وصفه اي وصف الطلاق بما يحتمله لفظه الا يرى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به ولو لم تكن من محتملاته لم تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المعنيين المحتملين واعترض عليه بانه لو كان متحملا لها لجازت نيتها فيقع بقوله انت طالق واحدةً بائنةً اذا نوى وليس كذلك واجيب بان النية انما تعمل اذا لم تكن مغيرة للمشروع ونية البائن من قوله انت طالق تغير المشروع لان الطلاق شرع معقبا للرجعة ورد بانه تسليم لدليل الخصم ومحوج الى الفرق بين عدم جواز كون النية مغيرة وجواز كون الوصف مغيرا للمشروع واجيب بان الفرق بينهما ان الوصف الملفوظ اقوى في اعتبار الشرع من النية بدليل انه لو قال انت طالق ولم يتقدم له تطليق اعتبر الشرع ذلك طلاقا وغيره به مشروعا وهو عدم اعتبار الكذب ولو نوى طلاقا ولم يتلفظ بلفظ لم يعتبر طلاقا لئلا يتغير المشروع وهو شرعية الوقوع بالفاظ الطلاق وقوله ومسئلة الرجعة ممنوعة اي لا نسلم انه لا يقع بائنا بل تقع واحدة بائنة ولئن سلم فالفرق ان في قوله ان لا رجعة تصريحا بنفي المشروع وفي مسئلتنا وصفه

بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا لكن يلزم منها نفي الرجعة ضمنا وكم من شيء يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا كذا افاد شيخي العلامة وقوله فتقع واحدة بائنة يعني فيما اذا قال انت طالق بائن اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل اي في باب ايقاع الطلاق بقوله ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا وقوله تطليقتان بائنتان يعني عندنا وقياس قول الشافعي رحمه الله تطليقتان رجعيتان وقوله لان هذا الوصف يعني قوله بائن او بتة يصلح لابتداء الايقاع بان كان يقول انت بائن او انت بتة ونوى به الطلاق وكذا اذا نوى به تطليقة اخرى ويكون خبرا بعد خبر فكان كقوله انت طالق انت بائن وكان ينبغي ان يكون احدهما رجعيا عملا بقوله انت طالق الا انا جعلناه بائنا لعدم الامكان لان الثاني يكون بائنا لا محالة عندنا فيكون الاول كذلك ضرورة اذ لا يتصور بقاء الاول رجعيا اذا صار الثاني بائنا وهذا يشير الى ان الاول يقع رجعيا ابتداء فينقلب بائنا بوقوع الثاني بائنا لعدم تصور بقائه رجعيا وهذا صحيح ظاهر ومن الناس من ذهب الى ان الاول يقع رجعيا فان اراد ما ذكرناه فلا كلام فيه وان اراد بقاؤه رجعيا فليس بصحيح وقوله وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق معطوف على قوله انت طالق بائن في الاحكام الاربعة وهي قوله فيقع واحدة بائنة اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين ولو نوى الثلث فثلث ولو نوى بقوله انت طالق واحدة وبقوله افحش الطلاق اخرى تقع تطليقتان وكذا الجواب في قوله اخبث الطلاق او اشره او اشده او اكبره او اسوؤه لان الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال لا باعتبار ذاته لكونه غير محسوس وما هو غير محسوس فانما يعرف باثره فصار كأنه قال انت بائن فان قيل افحش الطلاق او اشده ونحوهما افعل التفضيل فيقتضي فاحشا وافحش والفاحش هو البائن والافحش منه الثلث فينبغي ان تقع الثلث به نوى او لم ينو اجيب بان افعل التفضيل قد يكون لاثبات اصل الوصف من غير زيادة

من غير زيادة كقوله الناقص والاشج اعدلا بني مروان وهو مشهور يسمى للاضافة بالمعنى الثاني وكلامه واضح لا يحتاج الى شرح وذكر الاصل الذي تبتني عليه اقوالهم وهو ايضا واضح وقوله وبيانه في قوله مثل رأس الابرة تقع به واحدة بائنة عند ابي حنيفة رحمه الله خاصة على تقدير ان يكون محمد رحمه الله مع ابي يوسف رحمه الله وقوله مثل عظم رأس الابرة تقع به واحدة بائنة عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله وقوله مثل الجبل تقع به واحدة بائنة عند ابي حنيفة وزفر ومحمد رحمهم الله ان كان مع ابي حنيفة رحمه الله وقوله مثل عظم الجبل تقع به واحدة بائنة بالاتفاق اما عند ابي حنيفة رحمه الله فلوجود التشبيه واما عند ابي يوسف رحمه الله فلذكر العظم واما عند زفر رحمه الله فلكون الجبل مما يوصف بالعظم عند الناس *

فصل في الطلاق قبل الدخول

لما كان الطلاق قبل الدخول من الطلاق بعده بمنزلة العارض من الاصل وله احكام جمة ذكره في فصل على حدة بعد ذكر ما هو الاصل اذا قال لغير الملموسة انت طالق ثلثا وقعن وقال الحسن البصري رحمه الله تقع واحدة بقوله انت طالق وتبين بها لا الى عدة وقوله ثلثا يصادفها وهي اجنبية فلا يقع به شيء كما لو قال انت طالق طالق طالق ولنا ما قال في الكتاب وهو لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلثا على ما بينا يعني قبيل هذا ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الى آخره وانما قدر المصدر المحذوف لان الوصف نعت المرأة وهي غير متعددة فلا بد من تقدير شيء يحتمل التعدد والمصدر اولى بذلك لعدم دلالة الوصف عليه فاذا كان الواقع مصدرا محذوفا لم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة والالزاد عدد الطلاق وهو غير مشروع فيقعن جميعا جملة وصار الكل كلاما واحدا ولا كذلك انت طالق طالق طالق لكونها جملا فيكون كل واحد

ايقاعا على حدة وتبين بالاولى ولا تقع الثانية اذ لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه لان الثانية صادفتها وهي مبانة كما لو قال انت طالق واحدة وواحدة * ولو قال لها انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة تبطل لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل * وكذا لو قال انت طالق ثنتين او ثلثا لما بينا انه اذا قرن الوصف بالعدد كان الواقع هو العدد وهذه اي هذه المسائل الثلث وهي قوله انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة وكذا لو ماتت قبل قوله ثنتين او ماتت قبل قوله ثلثا توافق ما قبلها وهو قوله واذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن من حيث الدليل وهو ان الواقع فيهما جميعا ذكر العدد لا ذكر الوصف وحده الا ان الحكم اختلف لما ان ذكر العدد الذي هو الواقع في هذه المسائل الثلث صادف المرأة وهي ميتة فلم يقع الطلاق اصلا وهناك لما لم يقع الطلاق بذكر الوصف نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهي منكوحة وقع الثلث لكون الواقع هو العدد فكان الاعتبار في الصورتين للعدد لا للوصف

قوله ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة اعلم ان كلمة قبل للتقديم وكلمة بعد للتاخير فاذا قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة واذا قال انت طالق واحدة قبلها واحدة او بعد واحدة وقعت ثنتان وذلك مبني على اصلين ذكرهما المصنف رحمه الله في الكتاب احدهما ان الظرف اذا قيد بالكناية كان صفة لما بعده واذا لم يقيد كان صفة لما قبله والثاني ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في وسعه فاذا قيل لغير المدخول بها انت طالق واحدة قبل واحدة كان الظرف صفة لما قبله فتقع واحدة قبل الاخرى فيفوت المحل وتلغو الثانية واذا قال قبلها واحدة يكون صفة للثانية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال والايقاع في الماضي ايقاع في الحال فتقترنان في الوقوع والبعدية في قوله بعد واحدة صفة لما قبله فيقتضي ايقاع

ايقاع الاولى وايقاع الثانية قبلها فتقترنان كما مر وقوله بعدها واحدة صفة للثانية فتبين بالاولى وتلغو الثانية لفوات المحلية ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة وقعت ثنتان لان كلمة مع للقران فتتوقف الاولى على الثانية تحقيقا لمراده فوقعتا معا وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله معها انه تقع واحدة لان الكناية تستدعي سبق المكني عنه وجودا وذلك في الطلاق بالوقوع وقوله في المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها اي فيما ذكر من قبل وبعد بالكناية وغيرها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى **قوله** ولو قال لها ان دخلت الدار اذا علق بالشرط عددا من الطلاق وعطف بعضه على بعض بالواو فاما ان قدم الشرط او اخره فان كان الثاني كما اذا قال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت وقع الجميع بالاتفاق وان كان الاول كما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فكذلك عندهما وقال ابو حنيفة رحمه الله تقع واحدة لهما ان الواو للجمع المطلق وقد دخلت بين الاجزية فيجمع بينها فتعلقن جملة وينزلن جملة كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا لان الجمع بواو الجمع كالجمع بلفظ الجمع وكما لو اخر الشرط فان تاخيره لا يغير موجب الكلام وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب لان تحققه في الخارج لا يمكن الا باحد الوجهين وعلى اعتبار الاول تقع الجملة وعلى اعتبار الثاني لا يقع الا واحدة كما اذا نجز بهذا اللفظ بان قال لها انت طالق واحدة وواحدة فانه لا يقع الا واحدة بالاتفاق فكان في الزائد على الواحد شك فلا يقع بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام عن التنجيز الى التعليق وكل ما كان كذلك توقف فيه صدر الكلام عليه فيتعلقن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف فيه فوقع الترتيب وبانت بالاولى فلا تقع الثانية ولم يجب عن التنصيص بلفظ الجمع لظهوره لانه لا يحتمل الترتيب وقوله ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكره الكرخي رحمه الله فانه جعل العطف بالواو والفاء سواء وقال ان حرف العطف يجعلهما كلاما واحدا فتعلقا

كما في صورة الواو وسواء قدم الشرط او اخره عندهما خلافا له وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله انه تقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح **قوله** واما الضرب الثاني وهو الكنايات لما فرغ من الضرب الاول وهو الصريح شرع في بيان الضرب الثاني وهو الكنايات الكناية ما استتر المراد به وحكمها ان لا يجب العمل بها الا بالنية او ما يقوم مقامها من دلالة الحال لانها غير موضوعة لما استعملت فيه بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين او دلالته ثم الكناية على ضربين ما يكون الواقع به واحدة رجعية وما يكون واحدة بائنة فالاول ثلثة الفاظ هي اعتدي واستبري رحمك وانت واحدة ولا بد لكل واحدة منهن من احتمال معنيين حتى يحتاج الى التعيين بالنية او بما يقوم مقامها من دلالة الحال وقد ذكر المصنف رحمه الله في كل واحدة منها ذلك وكلامه فيه واضح وقوله لان قوله انت طالق فيها اي في هذه الالفاظ الثلثة مقتضي اي ثابت بالاقتضاء في قوله اعتدي واستبري رحمك كما اشار اليه في قوله فيقتضي طلاقا سابقا لان الامر بالاعتداد بغير طلاق غير صحيح فلا بد من تقدير الطلاق سابقا وقوله او مضمر يعني في قوله انت واحدة ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشائخ رحمهم الله يعني سواء قال انت واحدة بالنصب او بالرفع او بالسكون فقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعض المشائخ رحمهم الله انه يقع الطلاق اذا نصب الواحدة وان لم ينو لكونه صفة للطلقة اما اذا رفعها فلا يقع وان نوى لانها حينئذ تكون صفة شخصها وقيل هو قول محمد رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله يقع في الاحوال كلها لان نية الطلاق تعرب عن الغرض وان اخطأ في الاعراب وان اسكن فهو محتاج الى النية لاحتمال المعنيين والصحيح ان الكل سواء لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب * والثاني هو بقية الكنايات وهي المذكورة في الكتاب اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة اما وجوب النية فلما ذكرنا من احتماله للطلاق وغيره الا ان يكون في حال مذاكرة الطلاق فان القاضي يحكم بالوقوع

بالوقوع وان ادعى الزوج عدم النية واما جواز نية الثلث فلان الواقع بها اذا كان بائنا فالبينونة تتصل بالمرأة للحال ولا تصالها وجهان انقطاع يرجع الى الملك وانقطاع يرجع الى المحل فتعدد المقتضي بتعدد المقتضى على الاحتمال فصح تعيينه والمثنى بمعزل عن ذلك قال المصنف رحمه الله سوى يعني القدوري سوى بين الفاظ الكنايات في وقوع الطلاق بلا نية حال مذاكرة الطلاق وليس على اطلاقه بل انما ذلك فيما لا يصلح ردا فلابد من بيانه وبين بقوله والجملة في ذلك ان الاحوال ثلثة حالة مطلقة وهي حالة الرضاء وحالة مذاكرة الطلاق بان تسأله ذلك وحالة غضب الزوج والكنايات على ثلثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وهو سبعة اخرجي اذهبي اغربي قومي تقنعي استتري تخمري اما صلاحية هذه الالفاظ للرد فان يريد الزوج بقوله اخرجي اتركي سؤال الطلاق وكذلك اذهبي واغربي وقومي واما تقنعي فمن القناعة وقيل من القناع وهو الخمار ومعنى الرد فيه هو ان ينوي واقنعي بما رزقك الله مني من امر المعيشة واتركي سؤال الطلاق واشتغلي بالتقنع الذي هو اهم لك من سؤال الطلاق وكذا قوله استتري وتخمري لانهما من الستر والخمار وما يصلح جوابا لا ردا ثمانية الفاظ خلية برية بائن بتة حرام اعتدي امرك بيدك اختاري والخمسة الاولى تصلح للسب والشتمة ايضا اذا عرف هذا ففي حالة الرضاء لا يكون شيء منها طلاقا الا بالنية لما قلنا ان هذه الالفاظ تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية لتعيين احد المحتملين والقول قوله في انكار النية مع يمينه وفي حال مذاكرة الطلاق لم يصدق قضاء في قوله لم انو الطلاق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا وهو الالفاظ الثمانية المذكورة لان الظاهر هو ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق والحكم انما يتبع الظاهر ويصدق فيما يصلح جوابا وردا وهو الالفاظ السبعة المتقدمة وقوله وما يجري هذا المجرى يريد به مثل اغربي واستتري لانه احتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك يعني اقسام الكنايات لاحتمال الرد او السب الا فيما

يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم وهو ثلثة الفاظ اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا قال في حالة الغضب لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك وقال لم انو الطلاق صدق لما فيهما من احتمال معنى السب وهذه اربعة الفاظ وقيل خمسة الفاظ خامسها الحقي باهلك الحقها ابو يوسف رحمه الله بالخمسة المذكورة المحتملة للسب من حيث احتمالها السب فان قوله لا ملك لي عليك يحتمل ان يكون معناه لانك اقل من ان تنسبي الى ملكي اوانسب اليك بالملك ولا سبيل لي عليك بسوء خلقك واجتماع انواع الشر فيك وخليت سبيلك لتذارتك وفارقتك في المضجع لدفرك وعدم نظافتك والحقي باهلك لانك اوحش من ان تكوني حليلتي **قوله** ثم وقوع البائن بما سوى الثلثة الاول مذهبنا ثم وقوع البائن بما سوى الثلثة الاول مذهبنا وهو مذهب عامة الصحابة رضي الله عنهم وقال الشافعي رحمه الله يقع بها رجعي وهو مذهب عمر وابن مسعود رضي الله عنهما لان الواقع بها طلاق واحد لانها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية والكنايات عن الطلاق طلاق ولهذا ينتقص به العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح فانه انما يكون معقبا للرجعة لكونه طلاقا ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية وكل ما صدر من اهله كذلك كان صحيحا لا محالة اما الاهلية فلا خفاء فيه لان الكلام في الاهل واما المحلية فثابتة ولهذا كانت المرأة محلا للبينونة الغليظة بالاتفاق واما الولاية الشرعية فلأن الدليل الدال على ولاية الطلاق شرعا وهو مساس الحاجة الى اثباتها دال على ولاية الابانة بوجهين ذكرهما المصنف رحمه الله احدهما قوله كيلا ينسد عليه باب التدارك والثاني قوله ولايقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد وقوله باب التدارك اي تدارك دفع المرأة عن نفسه لانه لولم تقع البينونة عند نيته عسى ان توقع المرأة عليها نفسها وقبلته بشهوة فثبتت الرجعة والزوج يريد فراقها كذا

كذا في النهاية وفي هذا كما ترى جعل الوجهين وجها واحدا لانه بعينه تفسير الوجه الثاني وان جعلت الثاني تفسيرا للاول بالعطف فسد النكتة جملة لان وقوع المراجعة من غير قصد لا يستقيم على مذهب الشافعي رحمه الله واذا فسد التفسير فسد المفسر والاولى ان يفسر قوله كيلا ينسد باب التدارك بان الرجل قد يكون نافرا عن المرأة جدا بسبب من الاسباب فيريد فراقها على وجه لا يحل له الرجوع ثم يبدو له الرجوع فلو لم يوجد الواحد البائن لطلقها ثلثا ولا يرضى بالاستحلال فينسد عليه باب التدارك واما اذا وجد ذلك فيتدارك بتجديد النكاح واما الوجه الثاني فتفسيره ما ذكره صاحب النهاية ولقائل ان يقول هذا الدليل يدل على ان تصرف الابانة قد صدر من اهله الى آخره فيكون صحيحا والمدعى ان هذا التصرف تصرف الابانة فلا بد من اثباته ليصح ان يقال تصرف الابانة قد صدر من اهله والجواب ان هذا الدليل يدل على ان الابانة التي يمكن بها التدارك ولا يقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد محتاج اليها لابد منها وهي لا يمكن ان تكون البينونة الغليظة لانسداد باب التدارك بها فتعين ان تكون البينونة الخفيفة بطلقة واحدة وقوله وليست بكنايات على التحقيق جواب عن قوله لانها كنايات عن الطلاق وتقريره ان الكنايات عن الطلاق الصريح انما يكون كالصريح في العمل ان لو كانت حقيقة وليست كذلك لانها عوامل في حقائقها وقوله والشرط تعيين احد نوعي البينونة جواب عن قوله ولهذا تشترط النية وتقريره اشتراط النية لو كان لاجل الطلاق كان دليلا على ما ذكرتم وليس كذلك بل هو لتعيين احد نوعي البينونة الغليظة والخفيفة لا للطلاق يعني النية شرط للطلاق البائن لا للطلاق المجرد وقوله وانتقاص العدد جواب عن قوله وينتقص به العدد وتقريره ان الطلاق البائن يزيل الوصلة وكل ما هو كذلك ينتقص به العدد وتحقيقه انه لا منافاة بين نقص العدد والطلاق البائن فكان النقص من حيث كونه طلاقا بائنا وقوله انما تصح نية الثلث جواب عما يقال لو كانت عوامل في حقائقها لما صح نية الثلث في قوله انت بائن مثلا كما لا تصح في قوله انت طالق لانه عامل

بنفسه وتقريره صحة نية الثلث لم تكن من حيث انه عامل في حقيقته بل من حيث تنويع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى وهوالواحد البائن ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر رحمه الله لانه عدد وقد بيناه من قبل يعني في اوائل باب ايقاع الطلاق وهوقوله ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا آه **قوله** وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي هذه المسئلة تحتمل وجوها هذا تفصيلها نوى بالجميع طلاقا وقعت ثلث نوى بالجميع حيضا وقعت واحدة لم ينوشيئا لم يقع شيء نوى بالاولى طلاقا لاغير وقعت ثلث نوى بالثانية طلاقا لاغير وقعت ثنتان نوى بالثالثة طلاقا لاغير وقعت واحدة نوى بالاولى حيضا لاغير وقعت ثلث نوى بالثانية حيضا لاغير وقعت ثنتان نوى بالثالثة حيضا لاغير وقعت واحدة نوى بالاولى طلاقا وبالثانية حيضا لاغير وقعت ثنتان نوى بالاولى طلاقا وبالثالثة حيضا لاغير وقعت ثنتان نوى بالثانية طلاقا وبالثالثة حيضا لاغير وقعت واحدة نوى بالاوليين طلاقا لاغير وقعت ثلث نوى بالاخريين طلاقا لاغير وقعت ثنتان نوى بالاوليين حيضا لاغير وقعت ثنتان نوى بالاخريين حيضا لاغير وقعت واحدة نوى بالاولى والثالثة طلاقا لاغير وقعت ثلث نوى بالاولى والثالثة حيضا لاغير وقعت ثنتان نوى بالاولى والثانية طلاقا وبالثالثة حيضا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا وقعت ثنتان نوى بالثانية والثالثة طلاقا وبالاولى حيضا وقعت ثلث نوى بالاولى والثانية حيضا وبالثالثة طلاقا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثالثة حيضا وبالثانية طلاقا وقعت ثنتان نوى بالثانية والثالثة حيضا وبالاولى طلاقا وقعت واحدة وبناء هذه الوجوه على الاقتضاء وعلى حال مذاكرة الطلاق وعلى ان النية تبطل مذاكرة الطلاق فاعتبر ذلك والله الموفق وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين مع اليمين

والله اعلم *

باب تفويض الطلاق

لما فرغ عن تصرف نفس الرجل في الطلاق شرع في بيان التصرف الحاصل فيه من غيره في باب على حدة واخره لان الاصل تصرف المرأ لنفسه *

فصل في الاختيار

في هذا الباب ثلثة فصول بالاستقراء وذكرها متوالية وكلامه واضح وحاصله ان فيه قياسا واستحسانا القياس يقتضي ان لايقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لايملك الايقاع بهذه الالفاظ حتى لوقال اخترتك من نفسي او اخترت نفسي منك لا يقع شيء ومن لايملك شيئا لا يملك تمليكه لغيره لكن استحسنوا ترك القياس لاجماع الصحابة رضي الله عنهم روي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعايشة رضي الله عنهم انهم قالوا اذا خير الرجل امرأته كان لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك فاذا قامت فلاخيار لها ولم ينقل عن غيرهم خلاف ذلك فحل محل الاجماع وقوله ولانه تمليك دليل معقول على ان الاصل ان يقتصر الجواب على المجلس كما في البيع وهو مخالف لما ذكر صاحب النهاية ان القياس ان لايبطل خيارها بالقيام عن المجلس لان التخيير من الزوج مطلق والمطلق فيما يحتمل التأبيد يتأبد لكنا تركنا هذا القياس بآثار الصحابة رضي الله عنهم والمصنف رحمه الله جعله كالبيع في كونه تمليكا ثم لايخلو اما ان يكون البيع ممايتأبد اوممالايتأبد فان كان الاول بطل القياس اعني قياس المصنف رحمه الله التخيير على البيع لانه ممايقتصر على المجلس وان كان الثاني كان الاختيار كذلك فلم يكن القياس ماذكره صاحب النهاية ثم فرق صاحب النهاية بين التمليك والتوكيل بان التمليك يقتضي ان يكون المملك له عاملا لنفسه والتوكيل يقتضي ان يكون

الوكيل عاملا لغيره والمرأة بعد التخيير انما تعمل لنفسها فكان التخيير تمليكا لا توكيلا واورد على ذلك شبها احدها ان رب الدين اذا وكل المديون بابراء ذمته عن الدين فهو وكيل وان كان عاملا لنفسه في ابراء ذمته عن الدين والدليل على انه وكيل عدم الاقتصار على المجلس ويملك صاحب الدين الرجوع قبل الابراء والثانية ان التخيير لو كان تمليكا توارد ملكه وملكها على الطلاق دفعة وهو لا يصح والثالثة انه لو قال طلقي نفسك ثم حلف ان لا يطلق فطلقت هي نفسها حنث الزوج في يمينه ولو ملكت طلاقها لما حنث واجاب عن الاولى بما حاصله ان تصرف المديون لنفسه وقع في ضمن صحة وكالته والضمني غير معتبر وهو ليس بدافع لجواز ان يقال مثله في التخيير بانها تعمل لنفسها في ضمن صحة وكالتها وكذا بقية كلامه في الاجوبة لا يخلو عن ضعف يطول الكلام بذكره واقول التمليك هو الاقدار الشرعي على محل التصرف والتوكيل هو الاقدار على التصرف وحينئذ تندفع الشبهة الاولى والجواب عن الثانية ان التخيير تمليك لكن لا يثبت به الملك الا بالقبول فقبله لا ملك لها وبعده زال ملكه فلم يتوارد الملكان عليه لا قبل القبول ولا بعده وعن الثالثة بان المسئلة ممنوعة والمنع مذكور في الزيادات ثم المرأة اما ان تختار زوجها او نفسها فان اختارت زوجها لم يقع شيء وقال علي رضي الله عنه تقع تطليقة رجعية كأنه جعل عين هذا اللفظ طلاقا وانما نأخذ بقول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما انه لا يقع في ذلك شيء قالت عايشة رضي الله عنها خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يكن ذلك طلاقا وان اختارت نفسها فواحدة بائنة عندنا وهو قول علي رضي الله عنه لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن * ولا يقع ثلث وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة فانها تتنوع كما تقدم وقوله ولا بد من ذكر النفس في كلامه او كلامها قال في النهاية هذا ليس بمنحصر بذكر النفس في حق ارادة الطلاق البائن من التخيير فان البينونة كما تقع عند ذكر النفس في احد الكلامين فكذلك تقع بذكر ما يقوم

مايقوم مقام النفس في احد الكلامين كالتطليقة والاختيارة وهو واضح وقوله حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل قيل اذا لم يصدقها الزوج بانها اختارت نفسها اما اذا صدقها طلقت وان كان الكلامان مبهمين وقوله ولايتعين مع الابهام يعني ان اختاري من الكنايات يحتمل معنيين فلا بد من التعيين ولاتعيين مع الابهام وقوله ولو قال اختاري نفسك ظاهر وقوله فيتضمن اعادته اي اعادة كلامه فكأنها قالت اخترت ماامرتني باختياره وهو النفس وقوله وكذا لو قال اختاري اختيارة بيان مايقوم مقام النفس في التفسير لان الهاء اي التاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد لكونها للمرة والاتحاد انما يكون في اختيارها نفسها لانه يتحد مرة بان قال لها اختاري نفسك بتطليقة ويتعدد اخرى بان قال لها اختاري نفسك بماشئت او بثلث فصار مفسرا من جانبه بخلاف اختيارها الزوج فانه لايتعدد لكونه عبارة عن ابقاء النكاح وهو غير متعدد وقوله ولو قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي ظاهر ولم يذكر وقوع كلام المرأة مفسرا بذكرها الاختيارة كما لو قال الزوج اختاري فقالت المرأة اخترت اختيارة والحكم فيهما سواء لان ذكر الاختيارة لما صلح للتفسير صار ذكرها بمنزلة ذكر النفس وكلاهما بالنسبة اليه سواء فكذا بالنسبة اليها ذكر الاختيارة ولو قال اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد يعني ان ارادت الاستقبال او يحتمله ان لم ترد فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي فانه لايقع الطلاق بهذا وجه الاستحسان حديث عايشة رضي الله عنها وهو ماروي انه لما نزل قوله تعالى يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيٰوةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعايشة رضي الله عنها فقال اني مخبرك بامر فلا تجيبني حتى تستأمري ابويك ثم اخبرها بالآية فقالت افي هذا استأمر ابوي لا بل اختار الله ورسوله والدار الآخرة واعتبره النبي صلى الله عليه وسلم جوابا منها وان كان

على صيغة المضارع المحتمل للوعد ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال والحقيقة يمكن ان تكون مرادة كما في كلمة الشهادة فان الرجل اذا قال اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله يعتبر ذلك منه ايمانا لا وعدا بالايمان وكذا الشاهد اذا قال اشهد بكذا فلا يصار الى المجاز بخلاف قولها انا اطلق نفسي لان الحمل على الحقيقة متعذر اذ ليس ثم حالة قائمة بالمتكلم حتى يقع قوله اطلق نفسي حكاية عنه من حيث ان الايقاع باللسان دون القلب ولم يصح فعل اللسان حكاية من فعل قائم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم بعد والحكاية تقتضي وجود المحكي عنه ولا كذلك اختار نفسي لانه حكاية من حالة قائمة وهو اختيارها نفسها لان الاختيار من عمل القلب فيكون الذكر باللسان حكاية عن امر قائم لا محالة واعترض الشارحون على قوله حقيقة في الحال بان النحويين اتفقوا على ان صيغة المضارع مشتركة بين الحال والاستقبال وهم اعرف بالموضوعات واجاب صاحب النهاية وتابعه غيره بان احد معني المشترك يترجح بدلالة تدل على ذلك المعنى وقد وجد ههنا دلالة على ارادة الحال به اذ العادة العرفية والشرعية تدلان على ان مثل هذه الصيغة للحال يقول الرجل فلان يختار كذا وانا املك كذا في العادة وفي الشريعة كما ذكرنا من كلمة الشهادة واداء الشهادة وهذا كما ترى ليس بدافع للسؤال وليس له اتصال بهذا المحل واقول بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحوي فلا معتبر لكلامهم فيه وانما هو وظيفة الاصول او وظيفة البيان واهل البيان لم يتعرضوا لذكره فيما وصل الينا من كتبهم واهل الاصول تناولوا فيه الخلاف فمنهم من قال مثل ما قال به المصنف رحمه الله ومنهم من قال بالعكس ومنهم من قال بالاشتراك والاول مختار الفقهاء والمصنف منهم لا محالة والقول بالاشتراك مرجوح لان اللفظ اذا دار بين الاشتراك والمجاز فالحمل على المجاز اولى لان الاشتراك يخل بالفهم على ما عرف **قوله** ولو قال لها اختاري اختاري ولو قال لها اختاري ثلث مرات

مرات فقالت قد اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلثا عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يحتاج الى نية الزوج ولا الى ذكر النفس وعندهما تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى النية وان كانت من الكنايات لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر فكان متعينا فلا يحتاج الى ذكر النفس لزوال الابهام فان الاولى والوسطى والاخيرة كل منها اسم لمفرد مرتب وليس المحل محل ترتيب فيلغو الترتيب ويبقى الافراد فكأنها قالت اخترت التطليقة الاولى لان معنى قولها اخترت الاولى اخترت ما صار الي بالكلمة الاولى والذي صار اليها بالكلمة الاولى تطليقة فكأنها صرحت بذلك وفي ذلك تقع واحدة فكذا ههنا ولابي حنيفة رحمه الله ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان فان القوم اذا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا اول وهذا آخر وانما الترتيب في فعل الاعيان يقال هذا جاء اولا وهذا جاء آخرا وكل ما لا ترتيب فيه يلغو فيه الكلام الذي هو للترتيب وهو الاولى واختيها واذا الغا اللفظ من حيث الترتيب يلغو من حيث الافراد ايضا لان الترتيب فيه اصل بدلالة الاشتقاق والافراد من ضروراته واذا الغا في حق الاصل لغا في حق البناء واذا لغا في حقهما بقي قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكلام فيقع الثلث وفيه نظر من وجهين احدهما انه اطلق الكلام على الاولى او الوسطى او الاخيرة وكل منها مفرد فلا يكون كلاما والثاني ان الاول اسم لفرد سابق فكان الافراد اصلا والترتيب بناء لكونه يفهم من وصفه فالجواب عن الاول ان اهل اللغة انما يطلقون الكلام على المركب من الحروف المسموعة المتميزة وان لم يكن مفيدا وهذا على ذلك الاصطلاح ويجوز ان يكون مجازا من باب ذكر الكل وارادة الجزء وعن الثاني بان كلا من ذلك صفة والصفة ما دل على ذات باعتبار معنى هو المقصود فيكون الاولى دالا على الفرد السابق ومعنى السبق هو المقصود فصح ان الترتيب اصل والافراد من ضروراته لان الصفة لا تقوم الا بالذات التي لزمها الفردية

في الوجود وهذا كما ترى معنى دقيق جزاه الله عن المحصلين خيرا وقوله ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلث في قولهم جميعا وهو واضح ولو قالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة يعني في جواب من قال اختاري فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يعني قوله قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة يوجب الطلاق اي البينونة بعد انقضاء العدة لكونه من الفاظ الصريح وما يوجب البينونه بعد انقضاء العدة كان عند الوقوع رجعيا فهذا اللفظ يوجب الرجعي فان قيل اذاً لا يكون الجواب مطابقا للتفويض لان المفوض اليها الاختيار وهو يفيد البينونة اشار الى الجواب بقوله فكأنها اختارت نفسها بعد العدة فكان مطابقا للتفويض من حيث ان الاختيار قد وجد منها قال الشارحون قوله يملك الرجعة غلط وقع من الكاتب لان المرأة انما تتصرف حكما للتفويض والتفويض بتطليقة بائنة لكونه من الكنايات فيملك الابانة لا غير والاصح من الرواية هي واحدة ولا يملك الرجعة لان روايات المبسوط والجامع الكبير والزيادات وعامة نسخ الجامع الصغير هكذا سوى الجامع الصغير لصدر الاسلام فانه ذكر فيه مثل ما ذكر في الكتاب والدليل ايضا يساعد ما ذكر في عامة النسخ فانه ذكر في الجامع الصغير لقاضيخان اما وقوع الواحدة فلما قلنا وهو ان التطليقة لا تتناول اكثر من الواحدة وانما تكون بائنة لان العامل تخيير الزوج والواقع بالتخيير بائن لانه تمليك النفس منها والرجعي لا يثبت ملك النفس وان قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري بتطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي تعقب الرجعة قيل فعلى هذا كان قوله هذا في التقدير بمنزلة قوله طلقي نفسك وقولها اخترت لا يصلح جوابا لقوله طلقي نفسك بل يلغو والجواب ان قولها اخترت انما لا يصلح جوابا لقوله طلقي لكونه اضعف من الطلاق فان الزوج يملك الايقاع بلفظ الطلاق دون لفظ الاختيار ولهذا صح بالعكس لكون الطلاق اقوى وههنا لم يكن اضعف لان صحة هذا الجواب بالنظر الى ظاهر كلامه وهو الامر باليد والاختيار دون ما يؤل اليه من المعنى وهما ضعيفان كالاختيار فجاز ان يقع قولها اخترت جوابا له *

فصل في الامر باليد

اخر فصل الامر باليد عن فصل الاختيار لان ذلك مؤيد باجماع الصحابة رضي الله عنهم اذا جعل الرجل امر امرأته بيدها فالحكم فيه كالحكم في التخيير في المسائل قال في النهاية الا ان هذا صحيح قياسا واستحسانا لان الزوج مالك لامرها فانما يملكها بهذا اللفظ ما هو مملوك له فيصح منه ويلزم حتى لا يملك الرجوع عنه اعتبارا بايقاع الطلاق وفيه نظر لانه ذكر في الاختيار انه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسي او اخترت نفسي منك لا يقع شيء وفي الامر باليد كذلك فينبغي ان لا يصح قياسا كما في الاختيار الا انا اثبت انه اذا قال امري منك بيدك او امرك مني بيدي وقع الطلاق فيندفع واذا قال لامرأته امرك بيدك ينوي بذلك الثلث فقالت قد اخترت منك نفسي بواحدة فهي ثلث وبيانه يحتاج الى اثبات صحة جواب الامر باليد بالاختيار والى كيفية الدلالة على الثلثة اما الاول فقد بينه بقوله لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير فكانا متساويين في القوة والضعف فجاز ان يقع جوابا له واما كيفية الدلالة على الثلثة فلان الواحدة صفة الاختيارة فصارت كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة اي باختيارة واحدة بدليل ما بعده وهو قوله في الاولى والاختيارة وانما عبر عنها بمرة لان الصيغة الدالة على المرة من الاختيار هي الاختيارة فعبر عنها بمفهومها وبذلك اي بقوله اخترت نفسي بمرة واحدة يقع الثلث لان معناه اخترت جميع ما فوضت الي اختيارة واحدة وحين نوى الزوج الثلث فقد فوض اليها ذلك ولو قالت يعني في جواب قوله لها امرك بيدك قد طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف فوجب اثباته على حسب ما يدل عليه المذكور السابق وهو في الاولى الاختيارة لدلالة اخترت عليه وفي الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها ولا يتوهم

التكرار في قوله وهو في الاولى الاختيارة مع تقدم قوله والواحدة صفة الاختيارة لانه اعادة لبيان قرينة المحذوف فكأنه قال وهو في الاولى الاختيارة لدلالة اخترت عليها فيكون في الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها الا انها تكون بائنة لان امرك بيدك من الفاظ الكناية والواقع بها بائن فيما سوى الثلثة المذكورة فكان التفويض في البائن ضرورة انه ملكها امرها فقوله في البائن خبران وتقريره ان التفويض حصل في البائن لضرورة انه ملكها امرها فان تمليكه اياها امرها يقتضي البينونة لكون الامر باليد من الفاظ الكناية وكلامها اخرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة يعني البينونة في التفويض مذكورة في ايقاع المرأة ليكون كلامها مطابقا لكلامه فان قيل ما الفرق بين قولها اخترت نفسي بتطليقة في جواب اختاري وبين قولها ذلك في جواب امرك بيدك عند المصنف رحمه الله حتى كان الواقع في الاول رجعيا كما تقدم وفي الثاني بائنا كما ذكره وهل هذا الا دليل على ان ما تقدم كان سهوا من الكاتب كما ذكره الشارحون فالجواب ان القياس فيه ان لا يقع به الطلاق وان نواه الزوج الا انا استحسناه لاجماع الصحابة رضي الله عنهم والاجماع انما هو في مجرد الطلاق لا في البائن فليس فيه ما يمنع من صريح الطلاق الوارد في كلامها عن موجبه بخلاف الامر باليد لانه من الفاظ الطلاق قياسا واستحسانا على ما نقلنا من صاحب النهاية في اول هذا الفصل وانما تصح نية الثلث في قوله امرك بيدك دون اختاري لانه يحتمل العموم والخصوص قال شيخ الاسلام الامر اسم عام يتناول كل شيء قال الله تعالى وَالْأَمْرُ يَوْمَئِذٍ لِلّٰهِ اراد به الاشياء كلها واذا كان الامر اسما عاما صلح اسما لكل فعل فاذا نوى الطلاق صار كناية عن قوله طلاقك بيدك والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص فتكون نية الثلث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل يعني في فصل الاختيار بقوله لان الاختيار لا يتنوع والله اعلم بالصواب **قوله** ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد

ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل حتى لو اختارت

حتى لواختارت نفسها في الليل لا يقع الطلاق وان ردت الامر في يومها بطل امر ذلك
اليوم وكان الامر بيدها بعد غد لانه صرح بذكر الوقتين يعني اليوم وبعد غد بينهما وقت
من جنسهما يعني الغد لم يتناوله الامر فانها لواختارت نفسها في الغد لا تطلق فكانا امرين
فبرد احدهما لا يرتد الآخر وهذا دليل كون الامر بيدها بعد غد بعد رده في اليوم وقوله
اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل دليل قوله لم يدخل فيه الليل وهو كما ترى
ادراج ملبس وان كان ظاهرا وقال زفر رحمه الله هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق
اليوم وبعد غد في كون احدهما معطوفا على الآخر من غير تكرار لفظ الامر وقلنا الفرق
بينهما ظاهر وهو ان الطلاق لا يحتمل التاقيت فكانت الطالق اليوم طالقا غدا وبعد غد
وغيره واما الامر باليد فانه يحتمله وذكر وقتين غير متصل احدهما بالآخر لتخلل وقت
بينهما غير مذكور فتوقت الامر بالاول وجعل الثاني امرا مبتدأ كانه قال وامرك بيدك
بعد غد ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وكلامه ظاهر وقوله لانها
لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع معناه ليس للمرأة ان ترد الامر باليد الذي
صدر من زوجها بان تقول لا اقبل كما انه ليس لها ان ترد الايقاع الذي اوقعه زوجها عليها
بقوله انت طالق واذا كان كذلك كان الامر باقيا في الغد كما كان فكان لها ان تختار نفسها غدا
وقوله وجه الظاهر ظاهر وكذا قوله وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا قال امرك بيدك اليوم قال
شمس الائمة رحمه الله هذه هي الرواية الصحيحة وجعل قاضيخان هذه الرواية اصل الرواية
ولم يذكر خلاف احد وقوله وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدومه
حتى جن الليل فلا خيار لها ظاهر ومما قد مناه في آخر فصل اضافة الطلاق واليه اشار بقوله وقد
حققناه من قبل وقوله فيتوقت به اي بالنهار ثم ينقضي با نقضائه * واذا جعل امرها بيدها او خيرها
فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها
لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهذه تتصرف برأي نفسها فهي مالكة والتمليك

يقتصر على المجلس وقد بيناه يعني في فصل الاختيار من قوله التمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع قيل فيه نظر لانه قال قبل هذا اذا قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وذلك يقتضي ان الامر بيدها لا يبطل في يومين وان قامت عن المجلس لانه لو بطل بالقيام عن المجلس لم تكن لتقييده بيومين فائدة لان المرأة اذا لم تقم عن مجلسها يوما او اكثر لا يخرج الامر من يدها وهذا يقتضي ان يقتصر على المجلس وبينهما تناف ثم ان كانت تسمع تعتبر مجلسها ذلك اي الذي سمعت فيه وان كانت لا تسمع لغيبة او صمم فمجلس علمها ببلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق وما هو كذلك يتوقف على ما وراء المجلس كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق وهذا لان معنى امرك بيدك ان اردت طلاقك فانت طالق وفيه نظر لان التمليك لا يحتمل التوقيت والتعليق كذلك والامر باليد يشتمل على معنييهما على ما ذكرتم فكيف يكون محتملا له واجيب بان التمليك الذي هو معتبر فيه من باب تمليك المنافع كالاجارة والعارية وذلك يحتمل التوقيت واذا صح التوقيت بهذا الاعتبار صار الامر بيدها في المدة التي وقتها فلو بطل الامر بقيامها عن المجلس لم يكن للتاقيت فائدة وبهذا خرج الجواب عن النظر المتقدم ايضا واما من حيث التعليق فلا يحتمل التوقيت فاذا كان الامر باليد مطلقا عن التوقيت اعتبرنا جانب التمليك فقلنا بالاقتصار على المجلس لعدم ما يدل على وقت معين واعتبرنا معنى التعليق فقلنا ببقاء الايجاب الى ما وراء المجلس اذا كانت غائبة عملا بالدليلين بقدر الامكان ولا يعتبر مجلسه حتى لو قام وهي جالسة فالخيار باق لان التعليق لازم في حقه حتى لا يقدر على الرجوع لكونه تصرف يمين من جانبه بخلاف البيع حيث يعتبر مجلسهما جميعا فان ايهما قام عن المجلس قبل قبول الآخر بطل البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق ولهذا لو رجع احدهما عن كلامه قبل قبول الآخر جاز واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل

يتبدل بالتحول يعني الى مجلس آخر ومرة بالاخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار يعني قوله اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة الى آخره وقوله ويخرج الامر من يدها ظاهر وقوله ليس للتقدير به اي باليوم لانه لو زاد على ذلك ولم يوجد منها ما يدل على الاعراض فهو باق والمراد بقوله قول محمد رحمه الله في الجامع الصغير وقوله ولو كانت قائمة فجلست ظاهر وقوله والاول اي رواية الجامع الصغير اصح لان من حزنه امر قد يستند للتفكر لما ان الاستناد سبب للراحة كالقعود وقوله ففيه روايتان عن ابي يوسف رحمه الله في رواية الحسن عنه لا يبطل وفي رواية الحسن ابن ابي مالك رحمه الله عنه يبطل وهو قول زفر رحمه الله ووجه الروايتين مندرج فيما ذكرنا قيل انما خص ابا يوسف رحمه الله بالذكر وان احتمل ان يكون قول صاحبيه رحمهما الله كذلك لانهما نقلا عنه وقوله ولو قالت ادعوا ابي استشيره به ظاهر وقوله والسفينة بمنزلة البيت يعني في انها اذا سارت لا يبطل خيارها وهو ظاهر والله اعلم *

فصل في المشيئة

قد تقدم وجه تقديم الاختيار وبعده السؤال عن تقدم الامر باليد والمشيئة دوري فيسقط ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن سواء طلقت جملة او متفرقة وقوله لان قوله طلقي ظاهر لكن ترجم الفصل بفصل المشيئة فكان الابتداء فيه بمسئلة فيها ذكر المشيئة اولى وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق والفرق بينهما ما ذكره في الكتاب ان الابانة من الفاظ الطلاق لانها وضعت لقطع وصلة النكاح الا يرى انه لو قال ابنتك ينوي به الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت والفاظ الطلاق توافق ما فوض اليها لكونه تطليقا فكانت الابانة

موافقة للتفويض في الاصل واذا كان الجواب موافقا للسؤال من حيث الاصل كان صحيحا من حيث الاصل الا انها زادت فيه اي في الجواب وصفا وهو تعجيل الابانة لان الرجعية انما تفيد الابانة بعد انقضاء العدة فاما ان يبطل الاصل لاجل ما زيد فيه من الوصف او يلغو الوصف لرعاية الاصل والغاء الوصف لتصحيح الاصل اولى فيصار اليه كما لو قالت في جواب طلقي نفسك طلقت نفسي تطليقة بائنة وقوله وينبغي ان تقع تطليقة رجعية انما قال هكذا تفسيراً لكلام محمد رحمه الله فانه قال طلقت ولم يتعرض لشيء آخر واري انه مستغنًى عنه لان كونها رجعية يعلم من قوله فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل قوله بخلاف الاختيار متعلق بقوله لان الابانة من الفاظ الطلاق وهو واضح وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يقع بقولها ابنت نفسي لانها اتت بغير ما فوض اليها حيث كان المفوض الطلاق وما اتت به الابانة وهما متغائران لا محالة وفي هذه الرواية ابطال الاصل للوصف وهو ضعيف وعن ابي يوسف رحمه الله انها تطلق طلاقا بائنا لان الزوج ملكها ايقاع الطلاق مطلقا وهو يملك ايقاع البائن والرجعي فكذا هي وفي هذا ترك اعتبار المطابقة بين التفويض والجواب والفقه هو الاول اعني ظاهر الرواية وان قال لها طلقي نفسك واضح وحكمه اللزوم نظرا الى اليمين والاقتصار على المجلس نظرا الى التمليك وفيه مطالبتان احدهما ما وجه اختصاص طلقي نفسك باليمين دون طلقي ضرتك وكما كان معنى طلقي نفسك ان طلقت نفسك فانت طالق جاز ان يكون معنى طلقي ضرتك ان اردت طلاقها فهي طالق والثانية ما وجه اختصاص الاول بالتمليك والثاني بالتوكيل والجواب عن الاولى ان اليمين بالتعليق انما يكون فيما في وجوده تردد ووجود طلاق الضرة اذا فوض اليها امر كائن لا محالة طبعا وعادة فلا يصلح شرطا واجيب عن الثانية بما تقدم ان المالك هو الذي يعمل لنفسه والوكيل هو الذي يعمل لغيره والمرأة في طلاق نفسها عاملة لنفسها بتخليصها عن رق النكاح وفي طلاق

طلاق ضرتها عاملة للزوج وفيه نظر لانها في طلاق الضرة اعمل لنفسها منها في طلاق نفسها ولان الصورتين اما ان تكونا من باب المشيئة اولا والمآل شمول التمليك اوشمول التوكيل او التحكيم الباطل وقوله وان قال لها طلقي نفسك متى شئت واضح ولقائل ان يقول التمليك في هذه الصورة موجود اولا فان كان الثاني لا يقدر على الطلاق وليس كذلك وان كان الاول يقتصر على المجلس لكونه لازم التمليك والجواب ان الاقتصار على المجلس من احكام التمليك والحكم قد يتأخر لمانع كما في شرط الخيار وهو طريقة تخصيص العلة وموضعه الاصول وقوله واذا قال لرجل طلق امرأتي واضح ومناطه ماذكرنا في التمليك والتوكيل من ان المالك عامل لنفسه والوكيل عامل لغيره وقد علمت ما عليه ولوقال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع وقال زفر رحمه الله هذا والاول سواء لان التصريح بالمشيئة كعدم التصريح لانه يتصرف عن مشيئته لان الفعل الاختياري لا يتحقق بدونها وفعله اختياري واذا تساويا كان الثاني توكيلا كالاول وصار كما لو قال للوكيل بالبيع بع ان شئت فان ذكر المشيئة لا يخرج التوكيل الى التمليك ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشيئة والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئته لا يقال قد تبين آنفا ان الوكيل ايضا يتصرف بمشيئته لانا نقول المشيئة نوعان مشيئة يفتقر اليها الحركة الارادية وهي ثابتة في كل متحرك بها ومشيئة اخرى يترتب عليها استحسان الفعل وتركه والاولى ثابتة في التوكيل مع جهة خطر يرفعها قوله طلقها ايقاعا للفعل للموكل والثانية انما تكون في المالك وقد فوضه اليها بقوله ان شئت فكان تمليكا هذا ما امكنني تلخيصه من كلام الشيخ رحمه الله ولقائل ان يقول كونه عاملا لنفسه لازم من لوازم التمليك وقد انتفى في هذه الصورة واقول اذا بني الكلام على ما قدمت ان التمليك اقرار شرعي على محل التصرف والتوكيل اقرار شرعي على نفس التصرف لا على ان المالك يعمل لنفسه والوكيل لغيره سقط هذا الاعتراض والنظر الاول في طلاق

الضرة على ما مر ثم اقول والوكيل في الطلاق كالرسول وحيث لا يتصور ان يكون الشخص رسولا الى نفسه كان قوله طلقي نفسك تمليكا واما قوله طلقي ضرتك وقوله لاجنبي طلق امرأتي فيحتملان الرسالة فان لم يذكر كلمة ان شئت كان توكيلا وان ذكرها كان تمليكا صونا للزيادة عن الالغاء اذ التوكيل يحصل بدونه وبه يندفع النظر الثاني في طلاق الضرة فتأمله فلعله مخلص وقوله والطلاق يحتمل التعليق جواب عن قياس زفر رحمه الله صورة النزاع على البيع فان قيل هذا توكيل للبيع لا البيع نفسه والتوكيل به قابل للتعليق اجيب بانه اعتبر التوكيل بالبيع باصل البيع **قوله** وان قال لها طلقي نفسك ثلثا هذا البيان مخالفة المرأة لزوجها في ايقاع ما فوض اليها والمسئلة الاولى ظاهرة واما الثانية فوجه قولهما فيها واضح كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقها وضرتها وكما تقدم فيما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي فانه يقع عليها تطليقة رجعية ولم يعتبر ما زادت من صفة البينونة معدما للمطابقة في اصل الطلاق فتكون بقولها طلقت نفسي منك ممتثلة ويلغو قولها ثلثا ولابي حنيفة رحمه الله انها اتت بغير ما فوض اليها ومن فعلت كذلك كانت مبتدئة كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقت ضرتها فيتوقف على اجازته وكلامه فيه ظاهر فان قيل قد ثبت من مذهبنا اهل الحق ان الواحد من العشرة ليس عينها ولا غيرها فكذلك الواحد من الثلثة يكون لا عينها ولا غيرها فما وجه اثبات المغائرة بينهما اجيب بان ذلك في العشرة الموجودة او المتصورة واما الثلث ههنا فمعدومة والواحد الموجود غير الثلث المعدومة فان قيل سلمنا المغايرة لكن اذا قال لها امرك بيدك ونوى الواحدة فطلقت نفسها ثلثا وقعت واحدة وقد اتت بغير ما فوض اليها اذ الثلث غير الواحد على ما ذكر اجيب بان التفويض هناك لم يتعرض لشيء فقد يكون خاصا وقد يكون عاما فاذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضا خاصا وهو غير مخالف للظاهر فلما اوقعت ثلثا فقد وافقته فيما هو اصل التفويض وهو لا يكون اقل من الواحدة فتقع الواحدة وقوله وان امرها بطلاق يملك الرجعة ظاهر

ظاهر وكذا قوله وان قال لها طلقي نفسك ثلثا ان شئت لان معني قوله ان شئت الثلث
اذ الشرط لا بد له من جزاء فاما ان يكون المتقدم عليه او يقدر مثله متأخرا وعلي كلا التقديرين
يتعلق بمشيئة الثلث ولم يوجد مشيئة الواحدة وكذا عكسه عند ابي حنيفة رحمه الله لان
الشرط مشيئة الثلث ومشيئة الثلث ليست بمشيئة للواحدة كما ان ايقاع الثلث ليس بايقاع
للواحدة فيما اذا قالت طلقت نفسي ثلثا ووجه قولهما ظاهر ولو قال لها انت طالق ان شئت
فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر وكلامه ظاهر وفيه بحث من
وجهين احدهما انه كان ينبغي ان يقع بقوله شئت لانه يملك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ والثاني
انه اذا قال شئت طلاقك اتي بلفظ صريح الطلاق فينبغي ان لا يحتاج الي النية واجيب
عن الاول بان كلامه بناء علي كلامها وليس في كلامها ذكر الطلاق وانما فيه ذكر المشيئة
فيكون شائيا لمشيئتها لا لطلاقها لا يقال كلامها مبني علي كلامه الاول وفيه ذكر الطلاق
لان كلامها لغا بالاشتغال بما لا يعنيه فيلغو ما يبني عليه وعن الثاني بان قوله شئت طلاقك
قد يقصد وجوده ملكا وقد يقصد وجوده وقوعا فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعا وقوله
اذ المشيئة تنبئ عن الوجود قيل لان المشيئة في الاصل مأخوذة من الشيئ وهو اسم للموجود
فكان قوله شئت بمنزلة اوجدت وايجاد الطلاق بايقاعه بخلاف الارادة فانها في اللغة عبارة
عن الطلب قال صلي الله عليه وسلم الحمي رائد الموت اي طالبه فان قيل ذهب
علماؤنا في اصول الدين الي ان الارادة والمشيئة واحدة فما هذه التفرقة فالجواب انه
يجوز ان يكون بينهما تفرقة بالنسبة الي العباد وتسوية بالنسبة الي الله تعالي لان ما شاء الله
كان لا محالة وكذا ما يريده بخلاف العباد وقوله وكذا اذا قالت شئت ان شاء ابي ظاهر
وقوله لان التعليق بامر كائن تنجيز قيل لو كان كذلك لكفر من قال هو يهودي ان
فعل كذا وهو يعلم انه فعله وليس كذلك واجيب بان بطلان التالي ممنوع وبعد التسليم
نقول هذه الالفاظ صارت كناية عن اليمين بالله اذا حصل التعليق بها بفعل مستقبل فكذا

اذا حصل بفعل في الماضي تحاميا عن تكفير المسلم وقوله ولوقال لها انت طالق اذا شئت الى آخره واضح وقوله فلا يخرج بالشك يعني لونظرنا الى كونه للشرط يخرج الامر من يدها بالقيام كما في قوله ان شئت ولونظرنا الى كونه للوقت لا يخرج فلا يخرج بالشك قوله وقد مر من قبل يعني في فصل اضافة الطلاق الى الزمان وقوله ولوقال لها انت طالق كلما شئت ظاهر وقوله فلا يملك الايقاع جملة وجمعا قيل معناهما واحد وقيل الجملة هي ان يقول طلقت نفسي ثلثا والجمع ان يقول طلقت واحدة و واحدة و واحدة وهذا هو الظاهر ولوقال لها انت طالق حيث شئت ظاهر فان قيل اذا الغا ذكر المكان بقي قوله انت طالق شئت فينبغي ان يقع الطلاق في الحال كما لوقال انت طالق دخلت الدار فانه يقع الطلاق الساعة اجيب بان حيث واين يفيدان ضربا من التاخير وحرف الشرط ايضا يفيد ضربا من التاخير فيشتركان في تحقيق معنى التاخير فيجعلان مجازا عن حرف الشرط فان قيل اذا جعلا مجازا عن حرف الشرط لماذا يبطل بالقيام عن المجلس وانما يبطل بالقيام عن المجلس اذا جعلا مجازا عن حرف ان واما اذا جعلا مجازا عن كلمة اذا ومتى فلا يبطل بالقيام عنه فلم لم يجعلا مجازا عن اذا ومتى اجيب بان جعلهما مجازا عن ان اولى لما انها لمحض الشرط فكانت اصلا في الباب والاعتبار بالاصل اولى من غيره بخلاف الزمان لان للطلاق تعلقا به لوقوعه في زمان دون زمان واما اذا كان واقعا في مكان كان واقعا في جميع الامكنة فوجب اعتباره اي اعتبار الزمان خصوصا كما لوقال انت طالق غدا اوعموما كما لوقال انت طالق في اي وقت شئت **قوله** وان قال لها انت طالق كيف شئت اختلف علماؤنا رحمهم الله فيما اذا قال انت طالق كيف شئت هل يتعلق اصل الطلاق بمشيئتها اولا فقال ابوحنيفة رحمه الله لا يتعلق بل تقع طلقة واحدة ولا مشيئة لها ان لم يدخل بها وان دخل بها وقعت تطليقة رجعية والمشيئة اليها في المجلس بعد ذلك ثم لا يخلو من ان ينوي الزوج شيئا اولم ينو فان كان الثاني اعتبرت مشيئتها في الكم والكيف فيما قالوا جريا على موجب

موجب التخيير وان كان الاول فان اتفقت نيته ومشيئتها فذلك وان اختلفت بان شاءت
بائنة والزوج نوى الرجعية او بالعكس وقعت واحدة رجعية وقالا لا يقع شيء لا قبل الدخول
ولا بعده حتى تشاء فان شاءت اوقعت ما شاءت من الرجعي والبائن والثلث لانه
فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت لان كلمة كيف للسؤال عن الحال مطلقا فلا بد
من تعليق الاصل بمشيئتها لتثبت لها المشيئة في جميع الاحوال كما لو قال انت طالق
ان شئت او حيث شئت او اين شئت ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة كيف لطلب
الوصف لا لطلب الاصل يقال كيف اصبحت اي على اي وصف من الصحة والسقم
وغير ذلك فكان التفويض في وصف الطلاق والتفويض في وصفه يستدعي وجود اصله
والا كان كيف لطلبه وليس كذلك ووجود الطلاق بوقوعه وهو ظاهر وههنا سؤال مشهور
وهو ان المعقول ان لا يحتاج الى نية الزوج لانه لما فوض الامر اليها وجب ان تستقل باثبات
ما فوض اليها اعتبارا بعامة التفويضات وجوابه انه فوض اليها حال الطلاق وهي مشتركة
بين الكم والكيف يعني العدد والبينونة فيحتاج الى النية لتعيين احدهما وقد روي عن
الطحاوي ان للمرأة ان تجعل الطلاق بائنا او ثلثا في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال
صاحب النهاية ناقلا عن الفوائد الظهيرية وقد راجعت الفحول في جواب هذا الاشكال
فما قرع سمعي جواب فيجب التعويل على ما ذكره الطحاوي ولقائل ان يقول لا مناسبة
لهذا التفويض بعامة التفويضات الا في كونه تفويضا وذلك ليس بجامع لوجود الفارق
وهو ان المفوض ههنا متنوع دونها فيكون في وجوب التعويل نظر يوضحه ان المتأخر
الى المشيئة ما علق بها والتعليق بالمشيئة انما حصل بكلمة كيف لان قوله انت طالق
ليس فيه شيء منه وهي لا تعلق لها بالاصل اصلا فيكون منجزا اصل الطلاق ومفوضا
لوصفه المتنوع وتفويض وصف الشيء مبهما قبل وجود الاصل ممتنع الا ان في غير المدخول
بها لا اثر لمشيئة الوصف بعد وقوع الاصل لعدم المحل فيلغو تفويض الصفة الى مشيئتها

وفي الموطوءة المحل باق بعد وجود الاصل فلها المشيئة بعد وقوعه وقوله وعلى هذا الخلاف العتاق يعني اذا قال لعبده انت حر كيف شئت عتق عند ابي حنيفة رحمه الله ولا حال للعتق يفوض اليه وعندهما لا يعتق حتى يشاء وانما قال في الكتاب قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله لان ما اورده في هذا الفصل من مسائل الجامع الصغير وليس فيه ذكر قولهما وانما ذكر الرواية فيه على قول ابي حنيفة رحمه الله لا غير فذكره ليتبين ان ما ذكره في الجامع الصغير انما هو قوله لا قولهما بدليل ما ذكر في الاصل **قوله** وان قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت ذكر في الاصل رواية الجامع الصغير ان شاءت طلقت نفسها واحدة او ثنتين او ثلثا ما لم تقم من مجلسها فان قيل كيف يباح لها ان تطلق نفسها ثلثا والزوج لا يسعه ان يطلقها ثلثا اجيب بانه يجوز ان يكون المراد بقوله ان شاءت طلقت نفسها ثلثا مشيئة القدرة لا مشيئة الاباحة يعني انها تقدر على ذلك كقوله تعالى فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيَكْفُرْ على انه روي عن الحسن ابن زياد عن ابي حنيفة رحمه الله ان ذلك مباح لها في التخيير ووجه الاختصاص اضطرارها فان التفريق يخرج الامر من يدها وقوله لانهما يعني كم وما تستعملان للعدد فقد فوض اليها اي عدد شاءت فان قيل هذا في كم مسلم واما في ما فهي مستعملة للوقت كما تستعمل للعدد قال الله تعالى مَا دُمْتُ حَيًّا فقد وقع الشك في تفويض العدد اليها فلا يثبت العدد بالشك اجيب بان جانب العدد مرجح باصل آخر وهو ان هذا تفويض بمعنى التمليك لانه تفويض الى المرأة بامر نفسها والتمليكات تقتصر على المجلس وذلك انما يكون ان لو كانت معمولة بمعنى العدد لا بمعنى الوقت وفيه نظر لان فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس فتعارض جهتا الترجيح والجواب انه تمليك فيه معنى التعليق والاول كالاصل فالترجيح به اولى فان قامت من المجلس بطل لما ذكرنا انه تمليك والتمليك يقتصر على المجلس وان ردت

وان ردت الامر كان رداً لان هذا امر واحد اذ ليس فيه ما يدل على التكرار قيل
هو احتراز عن كلما وكل ما هو امر واحد يقتضي جوابا واحدا ليكون الجواب مطابقا
للسؤال وذلك الجواب الواحد ينبغي ان يكون في الحال لانه خطاب في الحال اذ ليس
في كلامه ما يدل على الوقت مرارا وقيل هو احتراز عن اذا ومتى والخطاب في الحال
يقتضي الجواب في الحال لما قلنا فاذا ردت الامر قد حصل الجواب في الحال ولا جواب
بعده لعدم تكرار الامر وان قال لها طلقي نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق نفسها
واحدة او ثنتين دون الثلث عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لها ان تطلق ثلثا لان كلمة ما محكمة
في التعميم وكلمة من قد تكون للتمييز يعني للبيان كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من
الاوثان وقد تكون للتبعيض وقد تكون لغيرهما كما عرف ذلك فاجتمع في كلامه المحكم
والمحتمل فيحمل المحتمل على المحكم ويجعل بيانا كما اذا قال كل من طعامي ما شئت
او طلق من نسائي من شئت ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم
والعمل بهما ممكن من حيث ان يجعل المراد بعضه عاما والثنتان كذلك لانه بالنسبة
الى الواحد عام وبالنسبة الى الثلث بعض فان قيل معنى هذا لا يتناول الواحد لانه
ليس ببعض اجيب بانه يتناوله دلالة فاذا كان العمل بهما ممكنا لا يهمل احدهما وفيما
استشهدا به ترك التبعيض بدليل خارجي وهو اظهار السماحة او عموم الصفة وهو المشيئة فان
النكرة اذا اتصفت بصفة عامة تعم كما عرف وههنا كذلك حتى لو قال من شئت دون
على الخلاف قيل ثم انما يسلم انها ان طلقت نفسها ثلثا لا يقع شيء عند ابي حنيفة رحمه الله
لان مذهبه ان المفوض اليها الواحدة اذا طلقت نفسها ثلثا لا يقع فكذا التي فوض
اليها ثنتان اذا طلقت نفسها ثلثا لا يقع وقد مر *

باب الايمان فى الطلاق

لما فرغ من بيان تنجيز الطلاق صريحا وكناية اعقبه بذكر بيان تعليقه لكونه مركبا من ذكر الطلاق و الشرط والمركب مؤخر عن المفرد واليمين فى الطلاق عبارة عن تعليقه بامر بما يدل على معنى الشرط فهو فى الحقيقة شرط وجزاء وسمي يمينا مجازا لما فيه من معنى السببية اضافة ما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق والظهار الى الملك جائزة سواء كانت على الخصوص كما اذا قال لامرأة ان تزوجتك فانت طالق او على العموم كقوله كل امرأة اتزوجها فهي طالق وهو قول عمر رضي الله عنه روي ذلك عنه في الظهار وقال الشافعي رحمه الله لا يصح وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح وروي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما انه خطب امرأة فابى اولياؤها ان يزوجوها منه فقال ان نكحتها فهي طالق ثلثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا طلاق قبل النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء وكل ما هو كذلك لا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط اذ العلة ليست بعلة فى الحال عندنا كما عرف فى الاصول والملك متيقن به عنده اي عند وجود الشرط واذا كان متيقنا به عنده وقع الطلاق لوجود المقتضي وهو العلة لان المعلق بالشرط كالملفوظ لدى الشرط وانتفاء المانع لوجود الشرط وهو منقوض بقوله ان دخلت الدار فانت طالق فانه تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء وقيام الملك فى الحال شرط الصحة والجواب ان الملك متيقن به عند الشرط فى المتنازع فيه فلا يحتاج الى اشتراطه فى الحال بخلاف صورة النقض فانه لو لم يشترط فيها ذلك عريت عن الملك ظاهرا لان الظاهر عدم ما يحدث فضلا عن المتيقن به وهذا جواب بالفرق والمصنف رحمه الله قائل به وقوله وقبل ذلك اي قبل وجود الشرط اثره المنع وهو قائم

وهو قائم بالمتصرف لانه يمين ومحله ذمة الحالف فلايكون شرطا في ذلك الوقت ومجال الكلام في هذه المسئلة واسع وقد ذكرناه فى الانوار والتقرير قوله والحديث يعني ماروا الشافعي رحمه الله محمول على نفي التنجيز فان المنجز هوالطلاق حقيقة لا المعلق وتحقيقه انهم سألوه صلى الله عليه وسلم عن كون ذلك طلاقا فقال لاطلاق قبل النكاح وليس الكلام فيه وانما الكلام في ان تعليق الطلاق بالنكاح جائز وليس بجائز وليس فى الحديث مايدل على نفيه اواثباته والحمل على التنجيز ماثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما كمكحول وسالم بن عبدالله واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم فى الحال والظاهر بقاؤه الى وقت وجود الشرط لان الاصل بقاء الشيء على ماكان وهو استصحاب الحال لايقال المحتاج اليه ثبوت الملك عند الشرط والاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة لان الاستصحاب لا يصلح حجة لاثبات مالم يكن وليس الكلام فيه قوله فيصح يمينا يعني عندنا على ما مر وايقاعا يعني عند الشافعي رحمه الله فان عنده كونه طلاقا يتعلق لا التطليق فكان ايقاعا فى الحال ولكن لم يثبت حكمه فيه ولاتصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا للمحلوف عليه اويضيفه الى الملك لان الجزاء لابدان يكون ظاهرا اي غالب الوجود والظهور باحد هذين الامرين اما ان الجزاء لابدان يكون ظاهرا فليكون مخيفا لوقوعه فيتحقق معنى اليمين وهوالقوة فان الحامل على الحمل اوالمنع اللذين عقداليمين لاجلهما هوقوة خوف نزول الجزاء والخوف انمايكون اذاكان الجزاء غالب الوجود عندالشرط واما ان ظهوره باحد هذين الامرين فلانه اذا انعدما انعدم الخوف فانعدم معنى اليمين اعني الحمل اوالمنع والاضافة الى سبب الملك كقوله اذا اشتريتك فانت حر بمنزلة الاضافة الى الملك كقوله ان ملكتك فانت حر لانه اي الجزاء ظاهر عند سببه يعني سبب الملك قوله فان قال لاجنبية تفريع على مامهد من الاصل وهو ظاهر واعترض عليه بانه لم لايجوز

ان يقدر تزوجتك حتى يؤل معناه ان تزوجتك ودخلت الدار فانت طالق صيانة عن الالغاء واجيب بان فعل اليمين ممايذم به فلا يجوز تصحيح قوله على وجه يؤدي الى مذمة كذا قال عامة الشارحين وفيه نظر لان التعليق ليس بيمين حقيقة وان كان فقد يقع فيمايكون محمولا شرعا كما اذا قال ان اشتريتك ودخلت الدار فانت حر فان لصاحب الشرع عناية لوقوع الحرية والصواب ان يقال المقدر اما ان يكون محذوفا او مقتضى فليس بمحذوف لان المذكور ليس بمتوقف عليه لغة ولا مقتضى لان من شرطه ان يكون المقدر احط رتبة من المذكور وان لا يتغير المذكور عند التصريح بالمقدر والشرطان منتفيان اما الاول فظاهر لان التزوج اعلى رتبة من دخول الدار واما الثاني فلان الشرط قبل التصريح دخول الدار وحده وبعده التزوج والدخول فما كان شرطا صار بعضه وموضعه اصول الفقه **قوله** والفاظ الشرط عبر بالفاظ الشرط ولم يقل حروف الشرط كما قال بعضهم لان عامتها اسماء ولم يورد احد حرف الشرطين وضعا وهو لو * قال في النهاية لان كلمة لو تعمل عمل الشرط معنى لا لفظا وهذه الالفاظ تعمل عمله لفظا ومعنى فانها مواضع الجزم تجزم وفي غير مواضع الجزم لزم دخول الفاء في جوابهن بخلاف كلمة لو وهذا لا مدخل له في علم الفقه والصواب ان يقال قد تقدم ان التعليق يمين يعقد للحمل او المنع وذلك انما يكون في المستقبل ولو موضوعة لامتناع الشيء لامتناع غيره في الماضي فانى له مدخل في ذلك وقوله لان الشرط مشتق من العلامة قال في الصحاح الشرط بالتحريك العلامة واشراط الساعة علاماتها فعلى هذا يكون معنى ما ذكر في الكتاب ان الشرط مشتق من الشرط الذي هو بمعنى العلامة لان المراد بالاشتقاق هو الاشتقاق الكبير وهو ان تجد بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى وليس بين الشرط والعلامة تناسب لفظي فيقدر ذلك ليستقيم وقوله وهذه الالفاظ مما تليها افعال يعني غير كلمة كل فانه يذكر في ما يليها اسم وفي كلامه نظر لانه استدلال على الموضوعات اللغوية وليس ذلك طريقه ،

طريق معرفتها وانما طريق ذلك السماع وهذه الالفاظ سمعت مستعملة في
موضع الشرط فلا حاجة الى الاستدلال ولئن صح الاستدلال فدليله ههنا لا يفيد
مطلوبه لان مطلوبه ان هذه الالفاظ للشرط ودليله ان الشرط مشتق من العلامة
وهو مسلم على الوجه الذي قررناه وهذه الالفاظ مما تليها افعال وهذا ايضا مسلم
ولكن قوله فتكون علامات على الحنث ليس بلازم للمقدمتين المذكورتين وهو ظاهر
وكلامه واضح وقوله الا في كلمة كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كُلَّمَا نَضِجَتْ
جُلُودُهُمْ الآية ومن ضرورة التعميم التكرار فيه نظر من وجهين احدهما انه عد كلمة
كل من الفاظ الشرط وعند وجود الشرط لم تنته اليمين فان من قال كل امرأة اتزوجها فهي
طالق فتزوج امرأة طلقت ولو تزوج اخرى طلقت كذلك فكان الواجب ان يقول
في الاستثناء الا في كل وكلما والثاني انه قال ومن ضرورة التعميم التكرار والتعميم في كلمة
كل موجود كما ذكرنا آنفا ولا تكرار فيه حتى لو تزوج التي طلقت ثانيا لم يقع الجزاء
والجواب عن الاول ان شرطية هذه الالفاظ انما هي باعتبار ما يليها من الافعال لان الخطر
انما يحصل باعتباره وبهذا الاعتبار قد انتهت اليمين ولهذا لو تزوجها ثانيا لم تطلق وعدم
الانتهاء باعتبار عموم الاسماء لم ينشأ من منشأ الشرط فلا يكون مناقضا وعن الثاني
ان المراد بقوله ومن ضرورة التعميم تعميم الافعال لان الكلام فيه والتعميم في الافعال
انما يكون بتجدد الامثال وهو المراد بالتكرار فاما اذا قال كلما دخلت الدار فانت طالق
طلقت حتى ينتهي الثلث فان تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لان
الجزاء طلقات هذا الملك ولم يبق شيء منها وبقاء اليمين ببقاء الشرط والجزاء فاذا انتفى
الجزاء انتفى الكل وفيه خلاف زفر رحمه الله وسيجيء ولو دخلت على نفس التزوج
بان قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق حنث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر لما ذكر
ان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وهو غير محصور **قوله** وزوال

الملك بعد اليمين لا يبطلها اذا قال لها انت طالق ان دخلت الدار ثم ابانها لم تبطل اليمين لما مران بقاء اليمين بالشرط والجزاء والفرض ان الشرط لم يوجد فهو باق والجزاء ايضا باق لبقاء المحل وهى المرأة فتبقى اليمين كما كانت في محله وهي ذمة الحالف فان قيل سلمنا ان محل الجزاء باق ولكن من شرط وقوعه الملك وليس بموجود فالجواب ان الكلام ليس فى الوقوع وانما هو في بقائه يمينا واليمين لا يحتاج الى الملك ابتداء بدليل جواز ان تزوجتك فانت طالق ففى البقاء اولى اذ البقاء اسهل من الابتداء ثم بعد ذلك لا يخلو اما ان يوجد الشرط فى الملك كما اذا تزوجها ثانيا ثم وجد الشرط او في غيره كما اذا وجد قبل التزوج فان كان الاول وقع الطلاق وانحلت اليمين واما وقوع الطلاق فلان الشرط وجد فى الملك فنزل الجزاء المتعلق به واما انحلال اليمين فلان اللفظ لا يدل على التكرار فبوجود الشرط مرة انتهت اليمين وان كان الثانى انحلت اليمين بوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية * وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج على ما ذكر فى الكتاب وهو واضح وقوله لم تطلق فلانة ليس على ظاهره بل فيما اذا كذبها الزوج في قولها حضت واما اذا صدقها فانه يقع وقوله كما قيل في حق العدة والغشيان اما قولها في العدة فبان تقول قد انقضت اولم تنقض واما في الغشيان فيحتمل معنيين احدهما ان تقول المطلقة الثلث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بى الزوج الثاني والثاني ان يقبل قولها في حق حل الجماع وحرمته بقولها انا طاهر او حائض وقوله لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها وفيه بحث وهو انها لا تخلو من الحيض وعدمه والمآل شمول طلاقها او شمول عدمه لانها ان كانت حاضت فقد وجد الشرط فيقع طلاقهما جميعا وان لم تحض لم يوجد الشرط فلا يقع طلاق واحدة منهما واما ان يوجد الحيض في حقها دون ضرتها فذلك يستلزم كون الشيء موجودا ومعدوما في حالة واحدة وهو محال واجيب بان الشرع اثبت بقولها حضت في هذه الصورة وصفين

وصفين متغائرين الامانة والشهادة ورتب على ذلك حكمين مختلفين بحسب اقتضائهما وليس ذلک ببدع فى الشرع فانه رتب على النكاح وهو امر واحد الحل للزوج والحرمة لغيره وفيه نظر لان الحل والحرمة لايقتضي احدهما الوجود والآخر العدم بخلاف مانحن فيه والجواب ان اقتضاء الوجود والعدم انما هو بالنسبة الى الحيض نفسه وليس الكلام فيه لانه امر خفي لا يطلع عليه وانما الكلام فى الامر الدال عليه وهو قولها حضت وليس ثم اختلاف فى مقتضى وجوده وعدمه وقوله وكذا لو قال ان كنت تحبين ان يعذبک الله بنار جهنم ظاهر وقوله لمابينا اشارة الى قوله امينة في حق نفسها شاهدة في حق ضرتها وقوله ولا يتيقن بكذبها جواب عمايقال اخبارها عن محبتها تعذيب الله اياها بنار جهنم مقطوع بكذبها فوجب ان لا يقبل قولها اصلا ووجهه انه لا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب التخلص منه بالعذاب فلم يكن كذبها مقطوعا به وقوله وفي حقه لان تعلق الحكم باخبارها ظاهر وقوله واذا قال اذا حضت حيضة فانت طالق الفرق بينه وبين ماقبله ظاهر ومن الفرق انه لو قال اذا حضت فانت طالق وهذا العبد كان حرا من حين رأت الدم حتى كان الاكساب له وكان الطلاق بدعيا واذا قال اذا حضت حيضة كان الطلاق سنيا لانه لا يقع الابعد ما طهرت وقوله في حديث الاستبراء يريد به ما قال صلى الله عليه وسلم في سبايا اوطاس ولا الحبالى حتى يستبرين بحيضة اراد به كمال الحيض وهو انما يكون بانتهائه بانقطاع الدم اذا كان ايامها عشرة ايام وبالانقطاع والغسل اومايقوم مقامه اذا كانت ايامها دون العشرة وقوله واذا قال انت طالق اذا صمت يوما ظاهر مما تقدم واذا قال اذا صمت يوما فحكمه كذلک بخلاف ما اذا قال لها اذا صمت فانها اذا صامت ساعة مقرونة بالنية وقع الطلاق لماذكر فى الكتاب والله اعلم

قوله ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة هذه المسئلة لاتخلو عن اوجه ان علم ان الغلام ولدته اولا طلقت واحدة وانقضت عدتها بالجارية ولايقع شيء بعده

وان علما ان الجارية ولدتها اولا طلقت ثنتين وان اختلفا فالقول قول الزوج لانكاره الزيادة وان لم يدر ايهما اول لزمه فى القضاء واحدة لانها ثابتة بيقين وفى الثانية شك وفى التنزه وهو التباعد عن السوء تطليقتان حتى لوكان طلقها قبل هذا واحدة لا يطأها حتى تنكح زوجا غيره لاحتمال انها مطلقة وترك وطئ امرأة يحل له وطئها خير من ان يطأ امرأة محرمة عليه وقوله والعدة منقضية بيقين لما بينا يريد قوله لانها لو ولدت الغلام اولا الى آخره وحاصله ان انقضاء عدة الحامل بوضع الحمل وقوله ان كلمت ابا عمرو وعلى ماذكره فى الكتاب واضح سوى الفاظ نذكرها وقوله في حق الطلاق كشئ واحد يعني من حيث ان الطلاق لا يقع الا بهما فصار الشرطان بمنزلة شرط واحد ولو كان شرط واحد لما وقع بدون الملك فكذلك هذا ولنا ان صحة الكلام اي صحة هذا الكلام الذي هو اليمين باهلية المتكلم وهي قائمة فتكون صحته قائمة به بان يكون محله ذمته ولا يحتاج الى ملك لكن شرط الملك حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود باستصحاب الحال فان الملك اذا كان موجودا وقت التعليق فالظاهر بقاؤه الى وقت وجود الشرط واما اذا لم يكن موجودا فليس كذلك فلا يكون مخيفا حاملا اومانعا وحالة تمام الشرط بنزول الجزاء لكونه لا ينزل الا فى الملك وفيما بين ذلك مستغنيً عنه فلا يشترط وجود الملك لان اليمين يقوم بمحله وهو الذمة كما اذا علق طلاقها بالشرط فابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها فاتت بالشرط فانها تطلق بالاتفاق ولم تبطل اليمين بزوال الملك فكان كالنصاب اذا انتقص في خلال الحول فانه لا يضره **قوله** وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا مسئلة الهدم وهي معروفة وثمرة الخلاف لا تظهر فيما ذكره فى الكتاب فانها اذا تزوجت بزوج آخر وعادت الى الزوج الاول ثم دخلت الدار يقع عليها الثلث لكن الثلث يتم ما بقي من الطلاق بالاتفاق اما عند محمد رحمه الله فلعدم الهدم واما عندهما وان وجد الهدم فبالدخول فى الدار تقع الثلث لان الثلث معلقة

معلقة بدخول الدار وانما يظهر فيما اذا علق الطلقة الواحدة بدخول الدار ثم طلقها طلقتين وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الاول فدخلت الدار تثبت الحرمة الغليظة عند محمد رحمه الله لعدم الهدم وعندهما لا تثبت لتحققه وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا ثم قال لها انت طالق ثلثا فتزوجت غيره فدخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر رحمه الله يقع الثلث لان الجزاء مطلق لاطلاق اللفظ اذ لم يقيد بطلقات في ملك دون ملك فلا يتقيد قوله وقد بقي احتمال وقوعها اي بنكاحها ثانيا بعد تزوجها بزوج آخر فبقي اليمين فاذا وجد المحل يقع الجزاء ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك بدلالة الحال وانما قلنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة اذ الظاهر عدم ما يحدث وكلما كان مانعا عن وجود الشرط او حاملا عليه فهو الجزاء لان اليمين تعقد للمنع او الحمل وههنا عقدت للمنع فيكون الجزاء طلقات هذا الملك واذا كان الجزاء ذلك وقد فات بتنجيز الثلث المبطل للمحلية ففاتت اليمين لما تقدم فان بقاء اليمين بالشرط والجزاء وقد فات الجزاء والكل ينتفي بانتفاء جزئه واعترض بان انعقاد اليمين لو انحصر في المنع والحمل لم يصح ان يقال ان حضت فانت طالق لانه لم يتصور فيه لا منع ولا حمل لكون الحيض عارضا سماويا واجيب بان الاعتبار للغالب الشائع دون النادر وفيه نظر لان السؤال لم ينحصر في صورة الحيض حتى تكون نادرة وانما هو آت في الوجد انيات كالمحبة والكراهة والجوع وغيرها والصواب ان يقال الشرط في مثل ذلك هو اخبارها عن ذلك والحمل والمنع فيه متصور ان وقوله بخلاف ما اذا ابانها متعلق بقوله وقد فات بتنجيز الثلث اي فات الجزاء بتنجيز الثلث المبطل للمحلية بخلاف ما اذا ابانها بطلقة او طلقتين حيث لا يفوت الجزاء لبقاء المحل ولهذا اذا عادت اليه بعد زوج آخر عادت بثلث تطليقات عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهي مسئلة الهدم وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم

باعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق مع انه بالبيع لم يبق محلا لليمين وبينها وبين مسئلة الظهار فان هذه المرأة لوكان قال لها زوجها ان دخلت الدار فانت علي كظهر امي ثم طلقها ثلثا ثم عادت اليه بعد زوج آخر كان مظاهرا منها ان دخلت الدار واجيب عن الاول بان العبد بصفة الرق كان محلا للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة حتى لوفاتت بالعتق لم تبق اليمين وعن الثاني بان محلية الظهار لا تنعدم بالتطليقات الثلث لان الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق فان تلك الحرمة حرمة متناهية بالتكفير وهذه بوجود الزوج الثاني الا انها ان دخلت الدار بعد التطليقات الثلث انما لا يصير مظاهرا لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة ولاحل بينهما في ذلك الوقت وانما يوجد بعد التزوج بها فاذا دخلت الدار حينئذ ثبت الظهار وقوله ولوقال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلثا ظاهر وقوله في الفصل الاول يعني اذا لم يخرجه وقوله لوجود الجماع بالدوام عليه معناه انه جعل الدوام على اللباث بعد الدخول بمنزلة الدخول الابتدائي قوله ولا دوام للادخال معناه ان للدوام حكم الابتداء فيما له دوام والجماع هو الادخال ولا دوام له قوله وجب العقر قال في ديوان الادب العقر مهر المثل اذا وطئت بشبهة والمراد به مهر المثل وبه قيد الامام العتابي رحمه الله في شرح الجامع الصغير وقوله لوجود المساس اشارة الى ان هذا له حكم دوام الجماع فيكون البقاء كابتداء الوجود عند ابي يوسف رحمه الله واما دوام المساس فهو موجود بالاجماع وعن هذا قيل ينبغي ان يصير مراجعا في هذه الصورة عند الكل لوجود المساس بشهوة *

فصل

فصل في الاستثناء

الاستثناء هو التكلم بالباقي بعد الثنيا والحقه بفصل التعليق لتأخيهما في كونهما بيان التغيير ولما كان التعليق لكونه يمنع كل الكلام اقوى من الاستثناء لانه يمنع بعضه قدمه على الاستثناء ولما كانت مسئلة ان شاء الله تعالى تعليقا صورة ذكرها بقرب من التعليق في اول فصل الاستثناء لقوة المناسبة من حيث ان كل واحد منهما يمنع اول الكلام او باعتبار ان الله تعالى سمى ذلك استثناء قال وَلَا يَسْتَثْنُونَ واختلفوا في ان قوله ان شاء الله بعد ذكر الجمل للابطال او التعليق فذهب ابو يوسف رحمه الله الى الاول ومحمد رحمه الله الى الثاني والى هذا اشار المصنف رحمه الله في باب الاستثناء من اقرار هذا الكتاب فقال لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال او تعليق وسنذكر ثمرة هذا الاختلاف هناك ان شاء الله تعالى واذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله تعالى متصلا لم يقع الطلاق لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله تعالى متصلا به لاحنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط اي بحرف الشرط صريحا دون حقيقته لان حقيقة الشرط عبارة عما يكون على خطر وتردد ومشيئة الله تعالى ليست كذلك لثبوتها قطعا وانتفائها كذلك وما هو كذلك فهو تعليق فيكون تعليقا من هذا الوجه يعني من حيث الصورة والتعليق اعدام اي اعدام العلية قبل وجود الشرط والشرط ههنا غير معلوم لنا اصلا فيكون اعداما من الاصل فكان ابطالا للكلام ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط لكونه بيان تغيير وشرطه الاتصال فلو سكت ثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول وقوله فيكون الاستثناء يعني على قول محمد رح او ذكر الشرط يعني على قول ابي يوسف رحمه الله وقوله وكذا اذا ماتت معطوف على قوله لم يقع الطلاق يعني اذا ماتت بعد قوله انت طالق قبل قوله ان شاء الله تع لا يقع الطلاق لان الكلام خرج

بالاستثناء عن ان يكون ايجابا واذا بطل الايجاب بطل الحكم فان قيل الايجاب وجد في حيوتها والاستثناء بعدها فيكون باطلا لعدم المحل واذا ابطل الاستثناء صح الايجاب فيقع الطلاق اجاب بقوله والموت ينافي الموجب دون المبطل يعني ان الايجاب لو اتصل بالموت بان يموت قبل تمام قوله انت طالق بطل واما المبطل وهو الاستثناء او الشرط فلا يبطل لان مبطل الشيء ما ينافيه ولا منافاة بين مبطل ومبطل بخلاف الموجب فان المبطل ينافيه فيرفعه بخلاف ما اذا مات الزوج بعد قوله انت طالق قبل قوله ان شاء الله تعالى وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق لانه لم يتصل به الاستثناء وانما يعلم ارادته الاستثناء بقوله قبل ذلك اني اطلق امرأتي واستثني وان قال انت طالق ثلثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت واحدة وفي ذكر المثالين اشارة الى ان استثناء القليل والكثير سواء خلافا للفراء فانه لا يجوز الاكثر ويدعي انه لم يتكلم به العرب والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا اي بما بقي من المستثنى منه بعد الاستثناء هو الصحيح احترازعن قول من يقول انه اخراج بطريق المعارضة وموضعه اصول الفقه واذا كان كذلك لا فرق بين ان يقال لفلان علي درهم وان يقال عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض قليلا كان او كثيرا من الجملة لبقاء التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل مثل ان يقول له عشرة الا عشرة لانه لم يبق بعد الاستثناء شيء ليصير متكلما به وصارفا اللفظ اليه فبقي الكلام الاول كما كان ويقع الثلث وظن بعض اصحابنا رحمهم الله ان الاستثناء رجوع والرجوع عن الطلاق باطل فلذلك لم يصح وليس كذلك لما انه ابطل استثناء الكل في الوصية مع ان الوصية يحتمل الرجوع وذكر المصنف رحمه الله في زياداته ان استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان بعين ذلك اللفظ واما اذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح وان كان استثناء الكل من الكل من حيث المعنى فانه لو قال كل نسائي طوالق الا كل نسائي لا يصح الاستثناء بل يطلقن كلهن ولو قال كل نسائي طوالق الا زينب وعمرة

عمرة وبكرة وسلمى لا تطلق واحدة منهن وان كان هو استثناء الكل من الكل وهذا لان الاستثناء تصرف لفظي فيصح فيما صح فيه اللفظ فلما استثنى الجزء عن الكل صح لفظا فكذا فيما بقي اذ لو كان الاستثناء يتبع الحكم الشرعي لما صح في قوله انت طالق عشرة الا تسعا لما انه لا مزيد على الثلث شرعا وهو صحيح بلا خلاف وقوله وانما يصح الاستثناء اذا كان موصولا به ظاهر والله اعلم *

باب طلاق المريض

لما فرغ من بيان طلاق الصحيح سنيا وبدعيا صريحا وكناية تنجيزا وتعليقا كلا وجزءً شرع في بيان طلاق المريض متعرضا لبعض ما ذكر اذ المرض من العوارض السماوية تاخر بيانه عن حكم من به الاصل وهو الصحة واذا طلق الرجل امرأته في مرض موته وهذا يسمى طلاق الفار والاصل فيه ان من ابان امرأته في مرض موته بغير رضاها وهي ممن ترثه ثم مات عنها وهي في العدة ورثته خلافا للشافعي رحمه الله قيد بالابانة لان الطلاق اذا كان رجعيا كان توريثها منه باعتبار ان حكم النكاح باق من كل وجه لا باعتبار الفرار وقيد بمرض موته لانه اذا طلقها بائنا في مرض فصح منه ثم مات لا ترث وبغير الرضاء لانه اذا كان برضاها لا ترثه وبممن ترثه لانها ان كانت كتابية او امة لا ترث وبالموت في العدة لانها ان مات بعد انقضائها لم ترث خلافا لمالك رحمه الله وحكم الفرار كما يثبت من جانبه يثبت من جانبها كما اذا ارتدت والعياذ بالله وهي مريضة فانه يرثها وقال الشافعي رحمه الله لا ترث في الوجهين يعني قبل انقضاء العدة وبعدها لان سبب ارثها منه الزوجية وقد بطلت بهذا العارض وهو الطلاق ولهذا لا يرثها اذا ماتت * ولنا ان الزوجية سبب ارثها منه في مرض موته وهو ظاهر والزوج قصد ابطال هذا السبب بالطلاق وهو ايضا ظاهر فيرد عليه قصده بتاخير عمله اي عمل الطلاق الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها فان قيل ان كان سبب تاخير العمل دفع الضرر عنها وجب ان يستوي في ذلك الموطوءة وغيرها وما قبل انقضاء

العدة وما بعده اجاب بقوله وقد امكن يعني انما يصح توريثها منه اذا امكن تاخير عمل الطلاق ليكون السبب وهو النكاح قائما وقد امكن ذلك الى زمان انقضاء العدة لان النكاح في العدة باق في حق بعض الآثار من حرمة التزوج وحرمة الخروج والبروز وحرمة نكاح الاخت وحرمة نكاح رابعة سواها فجاز ان يبقى في حق ارثها منه دفعا للضرر عنها بخلاف غير الموطوءة وما بعد انقضاء العدة لان التاخير فيهما غير ممكن لعدم بقاء النكاح اصلا وقوله والزوجية في هذه الحالة جواب عن قوله ولهذا لا يرثها اذا ماتت معناه ان الزوج اذا كان مريضا لا يتعلق له حق في مال المرأة لكونها صحيحة فلا يرثها اذا ماتت اما لانه لم يتعلق حقه بمالها واما لانه رضي بحرمانه عن الارث حيث اقدم على الطلاق واما لانه لم يكن النكاح قائما بوجه من الوجوه وقوله فيبطل في حقه قال في النهاية بالنصب لانه جواب النفي وقال بعض الشارحين بالرفع لا غير ولكل منهما وجه خلا قوله لا غير فانه لا وجه له وقوله وان طلقها ثلثا بامرها ظاهر قيل سؤالها الطلاق لا يربو على قولها اسقطت ميراثي من فلان وثم لا يسقط واجيب بان الميراث لا يحتمل السقوط مقصودا ولكن سببه وهو الزوجية يحتمل الرفض فاذا لم ترض برفضها جعلناها قائمة في حقها حكما واذا رضيت حكمنا بارتفاضها فيسقط الارث ضمناه وكم من حكم يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا وكذا اذا اختارت نفسها لانه دليل الرضاء بالفرقة وفي الخلع قد التزمت المال لتحصيل الفرقة وهذا ادل على الرضاء بها وقوله وان قال لها في مرضه في هذه المسئلة والتي بعدها يجب الاقل عند ابي حنيفة رحمه الله ويجب ما اقر او وصى بالغا ما بلغ فيهما عند زفر رحمه الله وقولهما في الاولى كقول زفر رحمه الله وفي الثانية كقول ابي حنيفة رحمه الله قال زفر رحمه الله الميراث لما بطل بسؤالها او تصديقها زال المانع من صحة الاقرار والوصية فانه اذا زال المانع يعمل المقتضي عمله ووجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية فانعدمت التهمة واستوضح ذلك بقوله الا يرى

الا يرى وقوله وهي سبب التهمة اي العدة سبب تهمة ايثار الزوج الزوجة على سائر الورثة بزيادة نصيب لها كما في حقيقة الزوجية والحكم وهو عدم صحة الاقرار والوصية يدار على دليل التهمة ولهذا يدار اي الحكم المذكور على النكاح والقرابة حيث لا تجوز وصيته ولا اقراره لمنكوحته وذوي قرابته وتحقيق هذا ان الانسان قد يختار الطلاق لينفتح عليه باب الوصية والاقرار وكذا قد يتواضع مع بعض قرابته بدين ايثارا له على غيره ولكنه امر مبطن وله سبب ظاهر وهو النكاح والقرابة فاقامه الشرع مقامه ولم يجوز الاقرار والوصية لمنكوحته وقريبه فكذا في المعتدة لان العدة من اسباب التهمة ولا عدة في المسئلة الاولى لتصادقهما على انقضائها وفي عبارته تسامح لانه ذكر ان العدة سبب التهمة ثم جعله دليل التهمة واقامة الشيء مقام غيره اقامة السبب الداعي مقام المدعو واقامة الدليل مقام المدلول فهما قسمان ولابي حنيفة رحمه الله في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه قوله ولا مواضعة عادة جواب عن قولهما الا ترى انه تقبل شهادته لها وهو واضح **قوله** ومن كان محصورا او في صف القتال هذا البيان ان حكم الفرار غير منحصر في المرض بل كل شيء يقربه الى الهلاك غالبا فهو في معنى مرض الموت لان مرض الموت هو الذي يخاف منه الهلاك غالبا فكانا في المعنى سواء وفسر المرض الذي يخاف منه الهلاك غالبا ان يكون صاحب فراش وفسره بمن يكون بحال لا يقوم لحوائجه كالاصحاء وكلامه واضح وقوله ولهذا اخوات تخرج على هذا منها راكب السفينة بمنزلة الصحيح فان تلاطمت الامواج وخيف الغرق صار كالمريض في هذه الحالة ومنها المرأة الحامل فانها كالصحيحة فاذا اخذها الطلق فهي كالمريض ومنها المقعد والمفلوج ما دام يزداد به فهو كالمريض فان كان بحيث لا يزداد كان بمنزلة

الصحيح في الطلاق وغيره لانه ما دام يزداد في علته فالغالب ان آخره الموت واذا صار بحال لا يزداد فلا يخاف منه فلم يكن كذلك **قوله** وقوله واذا مات في ذلك الوجه بيانه اذا طلقها في مرض موته ثم قتل او مات من غير ذلك المرض الا انه لم يصح فلها الميراث وكان عيسى بن ابان رحمه الله يقول ان لا ميراث لها لان مرض الموت ما يكون سببا للموت ولما مات من سبب آخر علمنا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن متعلقا بماله يومئذ فهو كما لو طلقها في صحته ولكنا نقول قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان فلا يتبين بهذا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن ثابتا في ماله وقد بينا ان ارثها عنه بحكم الفرار وهو متحقق ههنا واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح الكلام فيه واضح سوى الفاظ نذكرها قوله فانت طالق يعني طلاقا بائنا لان حكم الفرار انما يعطى اذا كان الطلاق بائنا على ما ذكرنا وقوله وكانت هذه الاشياء بمعنى وجدت تامة لا تحتاج الى خبر وقوله يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا يظهر بمسئلتين احدهما انه لو علق طلاق امرأته بالشرط ثم وجد وهو مجنون فانه يقع مع ان طلاق المجنون غير واقع فدل على انه ليس بتطليق قصدا والثانية ان الرجل اذا علق طلاق امرأته بشرط ثم حلف ان لا يطلق امرأته ثم وجد الشرط لا يحنث فلو كان تطليقا قصدا لحنث وقوله الفعل مما له منه بد او لا بد له منه يصير فارا قيل عليه ينبغي ان لا يصير فارا في التعليق بالفعل الذي لا بد منه اذا كان التعليق في الصحة لان الفعل اذا كان مما لا بد له منه يصير مضطرا في مباشرة ذلك الفعل فلا يصير ذلك الفعل ظلما فلا ترث واجيب بان الاضطرار في جانب الفعل لا يرد وجوب الضمان عليه كمن اضطر الى اكل مال الغير او الى قتل الجمل الصائل فانه يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم لما ان عصمة المحل يكفي لايجاب الضمان وقوله لانها راضية بذلك يعني صار كأنه طلقها بسؤالها لما ان الرضاء بالشرط رضىً بالمشروط فان قيل لا نسلم ذلك فان احد

احد شريكي العبد اذا قال لصاحبه ان ضربته فهو حر فضربه عتق وللضارب ولاية تضمين الحالف مع ان الضارب ضربه باختياره فلم يجعل ذلك منه رضىً اجيب بان حكم الفرار ثبت على خلاف القياس استحسانا باجماع الصحابة رضي الله عنهم بشبهة العدوان فانه روي عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم وتابعهم فيه غيرهم فيبطل حكمه ايضا لشبهة الرضاء ولا كذلك حكم الضمان وقد وجد ههنا شبهة رضاء المرأة فيكفي ذلك لنفي حكم الفرار وقوله او في العقبى راجع الى صلوٰة الظهر قيل انما خصها بالذكر وان كان جميع المكتوبات فيه سواء لانها اول صلوٰة فرضت على النبي صلى الله عليه وسلم فكان الفهم في النظر الى الاول اسبق وقوله فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله اي لا ترث المرأة لانه حين علق الزوج الطلاق لم يكن في ماله لها حق فلا يتهم بالقصد الى الفرار ولم يوجد بعد ذلك منه صنع غاية ما في الباب ان ينعدم رضاها او فعلها باعتبار انها لا تجد منه بدا فيكون هذا كالتعليق بفعل اجنبي او بمجيء الشهر وقد بينا ان هناك لا ترث اذا كان التعليق في الصحة فكذلك ههنا لان الزوج لم يباشر العلة ولا الشرط في مرضه فلا يكون فارا فان قيل في هذا مناقضة من جانب زفر رحمه الله لانه قال فيما تقدم ان المعلق بالشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض فالجواب ان معنى قوله لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله صنع معتبر لان الشرط لما كان فعلها جعل صنع الزوج كلا صنع بخلاف ما تقدم فان الشرط لم يكن فعلها فلم يخرج فعله عن حيز الاعتبار وقوله لان الزوج الجأها الى المباشرة اي الى جعل فعلها الذي لا بد لها منه علة لاسقاط حقها ولو طلقها فارتدت اي لو طلقها ثلثا او بائنا فانه ان لم يظهر اثر الثلث والبينونة في الارتداد يظهر فيما ذكره بمقابله من مسئلة المطاوعة فانها انما ترث في المطاوعة بعد البينونة واما اذا طاوعت ابن زوجها حال قيام النكاح او بعد الطلاق الرجعي فلا ترث لوقوع الفرقة بالمطاوعة وقوله لان المحرمية لا تنافي الارث يعني بل تنافي النكاح كما في الام والاخت وقوله وهو يعني الارث هو الباقي وقوله فتكون راضية ببطلان السبب اي سبب

الارث وهو النكاح وقوله وقال محمد رحمه الله لا ترث قيل لان الطلاق انما يقع بلعانها لا نه آخر اللعانين فكان آخر المدارين فان قيل الفرقة انما تقع بقضاء القاضي عندنا فكان القضاء آخر المدارين واجيب بان اللعان شهادة عندنا على ما يأتي والحكم ابدا يثبت بالشهادة لا بالقضاء ووجه قولهما ان الفرقة وان كانت تقع بلعانها الا انها مضطرة في ذلك لاستدفاع العار عن نفسها فكان ملحقا بفعل لا بد لها منه وقد بينا الوجه فيه اي في الفعل الذي لا بد لها منه وهو قوله لانها مضطرة في المباشرة وقوله وان آلى امرأته وهو صحيح ظاهر وقوله قد ذكرنا وجهه يريد به قوله ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا الى آخره فان قيل لا نسلم ان الايلاء نظير تعليق الطلاق بمجيء الوقت ان كان الايلاء في الصحة لما انه متمكن من ابطال الايلاء بالفيء فاذا لم يبطل في حالة المرض صار كأنه انشأ الايلاء في المرض وهناك ترث فكذلك ههنا فكان نظير من وكل وكيلا بالطلاق في صحته وطلقها الوكيل في المرض كان فارا لتمكنه من العزل فاذا لم يعزل جعل كأنه انشأ فكذلك ههنا اجيب بان الفرق بينهما ثابت وهو انه لا يمكنه ابطال الايلاء الا بضرر يلزمه فلم يكن متمكنا مطلقا بخلاف مسئلة الوكالة وقوله في جميع الوجوه يعني سواء كان الطلاق بسؤالها او بغير سؤالها وسواء كان التعليق بفعلها او بفعله وسواء كان الفعل مما لها منه بد او لم يكن والباقي واضح *

باب الرجعة

لما كانت الرجعة متأخرة عن الطلاق طبعا اخرها وضعا ليناسب الوضع الطبع والرجعة بالفتح والكسر والفتح افصح وهي عبارة عن استدامة ملك النكاح ولها شرائط احدها تقدم صريح لفظ الطلاق او بعض الفاظ الكناية كما تقدم والثانية ان لا تكون بمقابلة مال والثالثة ان لا يستوفي الثلثة من الطلاق والرابعة ان تكون المرأة مدخولا بها والخامسة ان تكون العدة قائمة ولا خلاف في مشروعيتها لاحد لثبوتها بالكتاب والسنة والاجماع

والاجماع والفاظ الرجعة ان يقول راجعتك ان كان في حضرتها او راجعت امرأتي في الغيبة بشرط الاعلام وفي الحضرة ايضا اويقول رددتك او امسكتك اويقول انت عندي كماكنت اوانت امرأتي ان نوى الرجعة ولا خلاف لاحد في جواز الرجعة بالقول واما بالفعل مثل ان يطأها او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة فهي صحيحة عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح لثبوت الحل بها وابتداء النكاح لايصح بالوطئ ودواعيه فكان الوطئ حراما كما في ابتداء النكاح قلنا هي عبارة عن استدامة النكاح كما بيناه وهو اشارة الى قوله الا يرى انه سمي امساكا وهو الابقاء وقوله وسنقرره اشارة الى ماذكر في آخر هذا الباب وهو قوله قلنا انها قائمة حتى ملك مراجعتها الى آخره وقوله والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة جزء الدليل وقوله كما في اسقاط الخيار دليله وتقريره الرجعة استدامة الملك والفعل قد يقع دليلا على الاستدامة كما في اسقاط الخيار فان من باع جارية على انه بالخيار ثلثة ايام ثم وطئها سقط الخيار كما اذا اسقط بالقول بل ههنا اولى لانه في البيع يحتاج الى رفع السبب المزيل وهو البيع اما ههنا فلا يحتاج الى رفع الطلاق بل يحتاج الى دفع ما الولاه لزال والدفع اسهل من الرفع ولما كان الثابت بالدليل ان بعض الفعل قد يقع دلالة على الاستدامة احتاج الى تعيينه فقال والدلالة اي الدليل فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به فيقع دلالة وقوله خصوصا في حق الحرة لبيان ان حل الاستمتاع بها ليس الا بالنكاح واما الامة فتحل به وبملك اليمين ايضا بخلاف النظر والمس بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب والخاتنة والشاهد في الزنا اذا احتاج الى تحمل الشهادة والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج بساكنها في العدة فلو كان النظر اليه رجعة لطلقها فتطول العدة عليها وفيه ضرر بها فلا يجوز لقوله تعالى فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا

قوله ويستحب ان يشهد على الرجعة اذا اراد الرجعة يستحب ان يقول لاثنين اشهدا علي اني قدراجعت امرأتي وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي رحمه الله في احد قوليه لا تصح وهوقول مالك رحمه الله وهوغريب لانه لايوجب الاشهاد على ابتداء النكاح و يجعله شرطا على الرجعة لهما قوله تعالى فَاِذَا بَلَغْنَ اَجَلَهُنَّ فَاَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ اَوْفَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَاَشْهِدُوا ذَوَي عَدْلٍ مِنْكُمْ والامر للايجاب * ولنا اطلاق النصوص في الرجعة من قيد الاشهاد وهوقوله تعالى فَاَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ و قوله تعالى اَلطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ وقوله تعالى وَبُعُولَتُهُنَّ اَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ وقوله تعالى فَلَاجُنَاحَ عَلَيْهِمَا اَنْ يَتَرَاجَعَا و قوله صلى الله عليه وسلم مرابنك فليراجعها و قوله ولانه اي الرجعة بمعنى الرجوع اوعلى تاويل المذكور استدامة للنكاح كما تقدم والاستدامة انما هي حال البقاء والشهادة ليست بشرط في النكاح حال البقاء بالاتفاق فكانت كالفيء في الايلاء في ان الشهادة عليه ليست بشرط لكونه حالة البقاء الا انها اي الشهادة مستحبة لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها اي في الرجعة وماتلاه يعني من قوله تعالى وَاَشْهِدُوا ذَوَي عَدْلٍ مِنْكُمْ محمول عليه اي على الاستحباب دفعا للتناكر فكان الامر للارشاد الى ما هوالاوثق كما في قوله تعالى وَاَشْهِدُوا اِذَا تَبَايَعْتُمْ بدليل انه قرنها بالمفارقة حيث قال اَوْفَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَاَشْهِدُوا وهواى الاشهاد فيها اي في المفارقة مستحب فكذا في الرجعة واعترض بان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم كما في قوله تعالى اَقِيمُوا الصَّلٰوةَ وَاٰتُوا الزَّكٰوةَ واجيب بان ذلك فيما اذا حكم على احدى الجملتين المتقاربتين بحكم الجملة الاخرى ومانحن فيه ليس كذلك بل فيه كل جملة من الجملتين مستقلة بحكمها وانما تعقبهما جملة اخرى تعلقت بهما واحدنهما تقتضي تعلقها بها من حيث الاستحباب فكذلك الاخرى لئلا يلزم استعمال اللفظ الواحد في معنيين مختلفين ويستحب ان يعلمها بالرجعة لانه لولم يعلمها لربما تقع المرأة في المعصية فانها قد تزوج بناء على زعمها ان زوجها

زوجها لم يراجعها وقد انقضت عدتها ويطأها الزوج الثاني فكانت عاصية وكان زوجها الذي اوقعها فيه مسيئا بترك الاعلام ولكن مع ذلك لو لم يعلمها صحت الرجعة لانها استدامة للقائم وليست بانشاء فكان الزوج بالرجعة متصرفا في خالص حقه وتصرف الانسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير فان قيل كيف تكون عاصية بغير علم اجيب بانها اذا تزوجت بغير سؤال وقعت في المعصية لان التقصير جاء من جهتها واذا انقضت عدتها فقال كنت راجعتها في العدة فان صدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال وكل من فعل كذلك فهو متهم وذلك يقتضي ان لا تصح الرجعة وان صدقته ايضا الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح * واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي فاما ان قالت ذلك متصلا بكلام الزوج او بعد مكث فان كان الثاني تصح الرجعة بالاتفاق وان كان الاول لم تصح عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقالا الرجعة صادفت العدة لبقائها ظاهرا الى ان تخبر وقد سبقته الرجعة فكانت واقعة في العدة وهي صحيحة لا محالة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي وقع الطلاق ولابي حنيفة رحمه الله انها صادفت حالة الانقضاء لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء اذ لا يعلم ذلك الا باخبارها وقد اخبرت بذلك والاخبار يقتضي سبق المخبر عنه ولا دليل على مقدار معين واقرب احواله حال قول الزوج واذا صادفت حالة الانقضاء لا تكون معتبرة ولا نسلم ان مسئلة الطلاق على الوفاق بل على الخلاف ولئن كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به * واذا قال زوج الامة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها وهي في العدة فاما ان يصدقه المولى والامة او يكذباه او يصدقه المولى وتكذبه الامة او بالعكس فان كان الاول صحت الرجعة بالاتفاق وان كان الثاني لم تصح بالاتفاق الا اذا برهن وان كان الثالث وليس له بينة فالقول

قولها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا القول قول المولى لان البضع مملوك له بعد انقضاء العدة معناه منافع البضع فكان الاقرار بها للزوج اقرارا بما هو خالص حقه فلا مرد له فكان كالاقرار عليها بالنكاح بان يقر بانه زوج امته من فلان وهو اي ابو حنيفة رحمه الله يقول حكم الرجعة يبتني على بقاء العدة وانقضائها وكل ما يبتني على ذلك يبتني على قول من يكون القول قوله في ذلك لكونه امينا والقول في العدة قولها فحكم الرجعة يبتني على قولها ولم يذكر الجواب عن الاقرار بالتزويج لظهوره وذلك لانه لما صدقه في الرجعة لم يبق له حقا في منافع بضعها فاني يكون اقرارا بما هو خالص حقه بخلاف الاقرار بالتزويج فانه اقرار بذلك فكان الفرق نيرا وان كان الرابع وعبر عنه المصنف رحمه الله بقوله ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى لان منافع البضع خالص حقه والزوج يدعيها عليه وهو ينكره وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال بالاتفاق وبالانقضاء يظهر ملك المتعة للمولى وهي تبطله فلا يقبل قولها فيه بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها اي عند الرجعة ولا يظهر ملكه مع العدة وفي هذا الكلام اشارة الى الجواب عن مسئلة التزويج كما اشرنا اليه قوله وان قالت قد انقضت عدتي ظاهر والضمير في به راجع الى الانقضاء قوله واذا انقطع الدم من الحيض الثالثة كلامه واضح وقوله او بلزوم حكم عن احكام الطاهرات بمضي وقت الصلوة يعني ان الوقت اذا مضى صارت الصلوة دينا في ذمتها وهو من احكام الطاهرات وقوله واذا تيممت وصلت اطلق الصلوة ليتناول المكتوبات وغيرها وقوله حتى تثبت به من الاحكام يريد به دخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن واباحة الصلوة وسجدة التلاوة وقوله والاحكام الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية يعني ان ثبوت هذه الاحكام من ضرورة جواز الصلوة بالتيمم واما قراءة القرآن فلانها ركن الصلوة واما المسجد فلانه مكان الصلوة واما سجدة التلاوة فهي من توابع القراءة فانه يجوز ان يقرأ في صلوتها آية السجدة ولقائل ان يقول الحاصل من

من دليلهما ان التيمم طهارة ضرورية وان الضرورة انما تتحقق حال اداء الصلوٰة فلا تكون طهارة يتعلق بها انقطاع الرجعة وقد تقرر من الاصول ان الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فكان الواجب ان لا تنقطع الرجعة وان صلت مالم تغتسل او يمضي عليها وقت الصلوٰة والجواب ان الضروري متى ماثبت ثبت بجميع لوازمه ومن لوازم ثبوت الطهارة عند اداء الصلوٰة انقطاع الحيض ومن لوازم انقطاعه مضي العدة ومن لوازم مضيها انقطاع الرجعة ولازم لازم اللازم لازم فيثبت عند ثبوته واما الجواب عن جعلهما التيمم طهارة ضرورية ههنا وطهارة مطلقة في باب الامامة وجعل محمد رحمه الله بالعكس فقد سبق هناك مستوفي واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فمافوقه لم تنقطع الرجعة وان كان اقل من عضو كامل كالاصبع ونحوه انقطعت قال المصنف رحمه الله وهذا استحسان اعلم ان محمدا رحمه الله لم يذكر في كتبه موضع القياس هل هو عضو فما فوقه او هو مادونه وروي انه عند ابي يوسف رحمه الله في العضو فمافوقه فان القياس ان تنقطع الرجعة لانها غسلت اكثر البدن وللاكثر حكم الكل فكأنها اصاب الماء جميع البدن وفي الاستحسان لا تنقطع لان العدة باقية لعدم الطهارة وعند محمد رحمه الله فيما دونه فان القياس ان تبقى الرجعة لبقاء الحدث والاستحسان ان تنقطع لان مادون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه والمصنف رحمه الله اشار الى ذلك بقوله والقياس في العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر وهو اشارة الى قياس ابي يوسف رحمه الله وبقوله والقياس فيما دون العضو ان لا تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزى وهو اشارة الى قياس محمد رحمه الله وذكر وجه الاستحسان وبين الفرق بين العضو الكامل ومادونه بقوله ان مادون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا بانقطاعها حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء اليه بان منعت قصدا لم تنقطع الرجعة وهذا

اشارة الى استحسان محمد رحمه الله وقال بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفاف فلما لم يكن مبلولا علم انه لم يصبه الماء لعدم الغفلة عنه عادة فلا تنقطع الرجعة وهذا اشارة الى استحسان ابي يوسف رحمه الله فانظر حذق المصنف رحمه الله في هذا الادراج اللطيف الذي قلما وقع مثله لغيره جزاه الله عن المحصلين خيرا وعن ابي يوسف رحمه الله ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل والواو بمعنى او ولان الحكم في كل واحد منهما ذلك وهو رواية هشام عنه وذلك لان حكم الحيض باق لكونهما فرضين في الجنابة وفي رواية اخرى عنه وهو رواية الكرخي عن محمد رحمه الله وهو اي كل واحد منهما بمنزلة ما دون العضو لان في فرضيته اختلافا فان المضمضة والاستنشاق سنتان في الغسل عند مالك والشافعي رحمهما الله فكان الاحتياط في انقطاع الرجعة بخلاف غيره من الاعضاء فانه لا خلاف لاحد في فرضيته **قوله** ومن طلق امرأته وهي حامل ومن طلق امرأته وهي حامل او ولدت منه ثم طلقها وقال لم اجامعها ثم اراد الرجعة فله ذلك ولا معتبر بقوله لم اجامعها لانه ظهر الحبل في مدة يتصور ان يكون منه لكون المسئلة موضوعة في ذلك ومتى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش الحديث وذلك اي جعل الحمل منه دليل الوطئ منه وكذا اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئا لانه لا يتصور بدونه واذا ثبت الوطئ تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه انه لم يجامعها بتكذيب الشرع وفيه بحث من وجهين احدهما ان النسب يثبت دلالة وقوله لم اجامعها صريح والصريح يفوق الدلالة والثاني انه اقر بقوله لم اجامعها بسقوط حق مستحق له وتكذيب الشرع لا يرده كما لو اقر بعين لانسان ثم اشتراها ثم استحقت من يده ثم وصلت اليه امر بالتسليم الى المقر له وان صار مكذبا شرعا واجيب عن الاول بان الدلالة من الشارع والصريح من العبد ودلالة الشارع اقوى لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع وعن الثاني بانه لم يتعلق باقراره ههنا حق الغير والموجب للرجعة وهو الطلاق بعد

بعد الدخول ثابت فيترتب عليه الحكم لثبوت المقتضي وانتفاء المانع بخلاف المستشهد به فان المانع ثمّ موجود وهو تعلق حق الغير به وقوله الاترى توضيح لقوله والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة وبيان الاولوية ان الاحصان له مدخل في وجود العقوبة ومع هذا يثبت بهذا الوطئ فلان تثبت به الرجعة التي ليست فيها جهة العقوبة اولى وقوله وتاويل مسئلة الولادة ظاهر فان خلابها واغلق بابا وارخى سترا على رواية كتاب الطلاق بكلمة او وعلى رواية الجامع الصغير وارخى سترا بالواو والاول اصح ثم قال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تأكد الملك بالوطئ وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه فان قيل قد صار مكذبا شرعا بالوجوب كمال المهر ولا يجب المهر كاملا الا اذا كان الطلاق بعد الدخول اجاب بقوله ولم يصر مكذبا شرعا لان تأكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل لا على القبض ومعناه انما يصير مكذبا شرعا ان لو كان كمال المهر مستلزما للقبض وهو الوطئ وليس كذلك وانما هو مستلزم لتسليم المبدل وقد حصل بالخلوة الصحيحة اذ التسليم عبارة عن رفع الموانع بين المسلم والمسلم اليه ويقدر المسلم اليه على ان يقبضه وقد وجد ذلك والتسليم غير مستلزم للقبض فلا يلزم التكذيب بخلاف الفصل الاول لان الحمل وثبوت النسب يستلزم القبض فيلزم التكذيب فان راجعها بعد ما خلا بها وقال لم اجامعها يعني وان كان لا يملكها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة اي الرجعة السابقة لان النسب ثابت منه لعدم الاقرار منها بانقضاء العدة ولاحتمال المدة فان الولد يبقى في البطن هذه المدة ولا يكون ذلك الا بالدخول فانزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لان فيما بعده يكون الوطئ حراما لزوال الملك بنفس الطلاق يعني لا الى عدة لان الفرض عدم الوطئ قبله لانه انكره بعد الخلوة والمسلم لا يفعل الحرام واذا كانت موطوءة قبل الطلاق كان الطلاق بعد الدخول وذلك يعقب الرجعة فكانت الرجعة صحيحة **قوله** وان قال لها اذا ولدت فانت طالق ومن علق طلاق امرأته

بولادتها فولدت ولدا ثم ولدت ولدا فاما ان تكون بين الولدين ستة اشهر اولا فان كان الثاني فالولادة الثانية لايكون دليل الرجعة فيكون الطلاق قد وقع بالولد الاول وانقضت العدة بالولد الثاني وماثم دليل على انه وطئها بعد الولد الاول فلاتثبت الرجعة وان كان الاول وهوالمذكور في الكتاب فهي رجعة لان الولادة الثانية رجعة ووجهه ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله وان كان اكثر من سنتين للوصل اي لما كان بين الولدين ستة اشهر لا تفاوت بعد ذلك بين ان تكون الولادة الثانية في اقل من سنتين وبين ان تكون اكثر من ذلك في ثبوت الرجعة لان الولد الثاني مضاف الى علوق حادث لامحالة وهو بالوطئ بعد الطلاق فكان رجعة وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول الى آخره وقوله والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين التشوف خاص في الوجه والتزين عام تفعل من شفت الشيء جلوته اي جعلته مجلوا ودينار مشوف اي مجلو وهو ان تجلوا المرأة وجهها وتصقل خديها وقوله اذ النكاح قائم بينهما يدل عليه ان التوارث قائم بينهما وكذلك جميع احكام النكاح قائم ولهذا لو قال كل امرأة لي طالق تدخل هذه المطلقة فيه ويقع عليها الطلاق فان قيل لو كان النكاح قائما لجاز ان يسافر بها كالتي في نكاحه وليس كذلك على ما نذكره اجيب بانه امتنع بالنص وهو قوله تعالى لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ فانه نزل في الطلاق الرجعي بدليل قوله تعالى لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا اي لعله يبدو له فيراجعها والمسافرة بها اخراج من البيت فيكون منهيا عنها فان قيل لم لا يكون نفس المسافرة دليلا على الرجعة اجيب بان الاخراج منهي عنه والرجعة مندوب اليها وهما متنافيان وقوله ولان تراخي عمل المبطل دليل معقول على عدم جواز المسافرة بها قبل الرجعة وتقريره تراخي عمل المبطل وهو الطلاق لحاجة الزوج الى المراجعة ولاحاجة له اليها فلاتراخي اما ان التراخي لذلك فقد علم مما تقدم واما عدم حاجته اليها فلانه اذا لم يراجعها حتى انقضت المدة ظهر انه لا حاجة له اليها وفيه نظر

نظر لان كلامه يدل على ان المسافرة لا تجوز اذا انقضت المدة ولم يراجعها واما اذا سافر بها وهي في العدة فليس فيه دلالة على عدم جواز ذلك والكلام فيه اجيب بانه انما يرد ان لو كان المراد بالمدة العدة واما اذا اريد بها مدة الاقامة فلا يرد وفيه نظر لان عمل المبطل آخر الى انقضاء العدة بالاجماع دون مدة الاقامة ولعل الصواب ان عدم جواز المسافرة انما ثبت بالتبيين كعمل المبطل واذا ظهر عدم الحاجة تبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء من العدة ولو كان العمل المبطل مقتصرا على انقضاء العدة لما احتسبت الاقراء الماضية من العدة كما لم تحتسب في قوله ان حضت فانت طالق فان تلك الحيضة غير محتسبة من العدة لانه شرط وقوع الطلاق واذا لم يقتصر عمل المبطل على وقت انقضاء العدة بل كان من وقت وقوع الطلاق كانت المطلقة الرجعية بمنزلة المبتوتة تقديرا حين لم ترد الرجعة فكما انه لا يملك اخراج المبتوتة الى السفر فكذلك لا يملك اخراج المطلقة الرجعية الا ان يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج وقوله على ما قدمناه يعني في اوائل الباب حيث قال ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة والطلاق الرجعي لا يحرم الوطئ وقال الشافعي رحمه الله يحرمه لان حل الوطئ بالزوجية والزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا ان الزوجية قائمة ولهذا يملك مراجعتها من غير رضاها بالاتفاق ولو كانت زائلة لكانت اجنبية فلم تصح المراجعة بدون رضاها وهذا المقدار كان كافيا في الاستدلال لكنه استظهر بقوله لان حق الرجعة ثبت نظراً للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى اي ثبوته نظراً له يوجب استبداده به اي بالرجعة بتاويل الرجوع اذ لو لم يكن مستبدا به لما تم النظر لانه قد لا ترضى المرأة بالرجعة فحق الرجعة يوجب استبداد الزوج بالرجعة واستبداده بذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل الدال على الاستبداد وهو ما ذكرنا من القياس ينافي ان تكون الرجعة انشاء لان الزوج لا يستبد به والاستدامة لا تتحقق الا في القائم فكانت الزوجية قائمة وقوله والقاطع جواب عن قوله لوجود القاطع

ومعناه ان وجود القاطع لاينافي قيام الزوجية لانه اخرعمله الى مدة اجماعا ونظرا له على ما تقدم يعني قوله يثبت للزوج نظراله فكان كالبيع الذي فيه الخيار تاخر عمله البيع في اللزوم الى مدة نظرالمن له الخيار*

فصل فيما تحل به المطلقة

لمافرغ من بيان ما يتدارك به الطلاق الرجعي ذكرما يتدارك به غيره من الطلقات في فصل على حدة واذا كان الطلاق بائنا دون الثلث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية وهوكونها آدمية ليست من المحرمات باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة كقوله تعالى فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ على ما نذكره والمعلق بالشرط معدوم قبله ورد بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود دون العدم عند العدم عندنا والجواب انه معدوم بعدمه الاصلي اذ العلة لم تصر علة بعد واذا كان حل المحل باقيا جاز نكاحها في العدة وبعد انقضائها فان قيل هذا تعليل في مقابلة النص قال الله تعالى وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ نهى عن العزم على نكاح المعتدة مطلقا والتعليل في مقابلته باطل اجاب بقوله ومنع الغير عن العدة لاشتباه النسب ومعناه ان المراد بالآية منع الغير عن العزم على نكاح المعتدة لان المانع اشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه اي في تجويز نكاح المعتدة الابه اذ الاشتباه انما يكون عند اختلاف المياه وذلك انما يكون في معتدة الغير واعترض عليه بالصغيرة والآئسة وعدة الوفاة قبل الدخول ومعتدة الصبي والحيضة الثانية والثالثة فانه لا اشتباه في هذه المواضع ولا يجوز التزويج في العدة اجيب بان ذلك بيان الحكمة وحكمة الحكم تراعى في الجنس لا في كل فرد لا بيان العلة لوجود التخلف فيما ذكر من الصور واقول كما ذكرت ان اشتباه النسب مانع عن جواز النكاح في عدة الغير وهذا صادق واما انه يلزم جوازه اذا عدم هذا المانع فليس بلازم لجواز ان يكون ثم مانع آخر وهو جهة التعبد وان كان الطلاق ثلثا في الحرة اوثنتين في الامة لم تحل

تحل للزوج الاول حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها لقوله تعالى فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ والمراد بقوله تعالى فَإِنْ طَلَّقَهَا الطلقة الثالثة عند اكثر اهل التاويل والثنتان في حق الامة كالثلث في حق الحرة لان الرق منصف لحل المحلية لكونه نعمة والعقدة الواحدة لا تتجزى فكملت على ما عرف وانما يجب ان يكون النكاح صحيحا لان الغاية نكاح زوج آخر مطلقا حيث لم يقيد بصحة ولا فساد والمطلق ينصرف الى الكامل على ما عرف في الاصول والزوجية المطلقة اي الكاملة انما تثبت بنكاح صحيح وانما يشترط الدخول بها اما باشارة الكتاب على ما ذكره المصنف رحمه الله وهو طريقة بعض المشائخ رحمه الله وهو ان يحمل النكاح في قوله تعالى حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا على الوطئ حملا للكلام على الافادة دون الاعادة فالعقد استفيد باطلاق اسم الزوج في قوله زَوْجًا غَيْرَهُ فلو حملنا النكاح على العقد كان ذلك تاكيدا والتاسيس اولى من التاكيد واما بالحديث المشهور وهو حديث رفاعة بن وهب القرظي طلق امرأته في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي تميمية وقيل عايشة بنت عبد الرحمن بن عتيك فتزوجت عبد الرحمن ابن الزبير قرظي ثم طلقها فاتت النبي صلى الله عليه وسلم وقالت يا نبي الله ان رفاعة طلقني فبت طلاقي واني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي وما معه الامثل الهدبة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلك تريدين ان ترجعي الى رفاعة لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته وقد روي بروايات مختلفة في بعضها بلفظ الغيبة كما ذكر في الكتاب وفي بعضها بلفظ الخطاب كما رويت وهو المذكور في نسخ الاصول وهو حديث مشهور تجوز به الزيادة على الكتاب ونسخ اطلاقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير على الوجه الاتم فليطلب ثم ولا خلاف لاحد فيه اي في اشتراط الدخول سوى سعيد بن المسيب رضي الله عنهما وقيل هو قول بشر المريسي وقوله غير معتبر لانه مخالف للحديث المشهور ولهذا اذا قضى القاضي به

اي بقول سعيد بن المسيب رضي الله عنهما لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لان الانزال كمال ومبالغة فيه اي في الدخول والكمال قيد لايثبت الا بدليل ولادليل عليه بل الدليل يدل على عدمه لانه ذكر العسيلة وهي تصغير العسلة وهي كناية عن اصابة حلاوة الجماع وهي تحصل بالايلاج فكان التصغير دالا على عدم الشبع بالانزال ومالك رحمه الله يخالفنا فيه اي في اشتراط الايلاج دون الانزال ويشترط الانزال وهو انما يتحقق من البالغ فلا يكون الصبي المراهق كالبالغ في افادة التحليل والحجة عليه مابيناه ان الانزال كمال ومبالغة فيه وهو قيد لا دليل عليه بقوله وفسره اي المراهق في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ الى آخره وهو ظاهر **قوله** ووطئ المولى امته لا يحلها اذا طلق امرأته ثنتين وهي امة الغير ووطئها المولى بعد انقضاء العدة لم تحل للزوج الاول لان غاية الحرمة نكاح الزوج والمولى لا يسمى زوجا قال في شرح الاقطع روي ان عثمان رضي الله عنه سئل عن ذلك وعنده علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما فرخص في ذلك عثمان وزيد وقالا هو زوج فقام علي رضي الله عنه مغضبا كارها لما قالا وقال ليس بزوج ولو تزوجها بشرط التحليل بان قال تزوجتك على ان احللك اوقالت المرأة ذلك فالنكاح مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له فان محمله اشتراط التحليل في العقد كما ذكرنا اذ لو اضمر ذلك في قلبه لم يستحق اللعن وقيل معنى قوله هو محمله الكراهة محمل الحديث لا فساده فان طلقها يعني الذي شرط التحليل بعد ما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذا النكاح لا يبطل بالشرط وعن ابي يوسف رحمه الله انه يفسد النكاح لانه في معنى الوقت كأنه قال تزوجتك الى وقت كذا ولا يحلها على الزوج الاول لفساده فان من شرط التحليل صحة النكاح كما تقدم وعن محمد رحمه الله انه يصح النكاح لما بينا ان النكاح لا يبطل بالشرط ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما اخره الشرع لان النكاح عقد العمر فيقتضي الحل للاول بعد موت الثاني فبشرط

فبشرط التحليل يصير مستعجلا للحل فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث وذكر في روضة الزندويسي رحمه الله ان ابا حنيفة رحمه الله قال النكاح جائز والشرط جائز حتى اذا لم يطلقها الثاني بعد وطئه اياها يجبره القاضي على ذلك ويحل للزوج الاول اذا طلقها الثاني برأيه او بامر القاضي اياه قال الامام ظهير الدين رحمه الله هذا البيان لم يوجد في غيره من الكتب واذا طلق امرأته الحرة بتطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلث تطليقات ويهدم الزوج الثاني الطلاق كما يهدم الثلث يعني انه يجعل ذلك الباقي من الملك الاول كان لم يكن ولا تحرم الحرمة الغليظة الا اذا طلقها ثلثا جمعا او فرادى عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو مذهب ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وقال محمد والشافعي وزفر رحمهم الله لا يهدم ويبقى الزوج ما كان يبقى من الاول وتحرم الحرمة الغليظة اذا انتهى ذلك وهو قول عمر وعلي وابي ابن كعب وعمر بن حصين وابي هريرة رضي الله عنهم فاخذ الشبان بقول المشائخ رحمهم الله من الصحابة والمشائخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة رضي الله عنهم واستدل محمد رحمه الله بان الزوج الثاني غاية للحرمة بالنص قال الله تعالى فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ على ما تقدم وكل ما كان غاية للحرمة فهو منه لها لان المغيا ينتهي بالغاية فيكون الزوج الثاني منهيا للحرمة ولا انهاء للحرمة قبل ثبوتها وليست بثابتة قبل وقوع الثلث ولهما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له ووجه الاستدلال ان اهل الحديث اوردوه في باب ما جاء في الزوج الثاني فكان المراد بالمحلل الزوج الثاني وسماه محللا وهو المثبت للحل ثم الحل الذي يثبت به اما ان يكون الحل السابق او حلا جديدا لا سبيل الى الاول لاستلزامه تحصيل الحاصل فتعين الثاني وبالضرورة يكون غير الاول والاول حل ناقص فكان الجديد كاملا وهو ما يكون بالطلقات الثلث فان قيل

سلمنا ان المحلل هو المثبت للحل وان يكون ذلك حلا جديدا لكنه يقتضي ان يكون ذلك في المطلقة ثلثا لامرين احدهما ما ذكره المصنف رحمه الله ان محمله هو شرط التحليل وذلك لا يكون الا في المطلقة ثلثا والثاني ان الحل قبل ذلك ثابت فيصرف الى ما ليس بثابت عملا بالحقيقة والجواب انا قد ذكرنا لقوله وهذا هو محمله معنيان احدهما ما ذكرت وليس بمرضي والثاني ان محمله الكراهة لا الفساد وحينئذ يندفع الامر الاول وان الحل وان كان قبل ذلك ثابتا لكن اطلاق المحلل يقتضي ان يكون الزوج الثاني على الاطلاق محللا فصرفه الى بعض الصور تقييد بلا دليل والثابت به غير الثابت قبله على ما ذكرناه فكانت المطلقة ثلثا وغيرها سواء وبه يندفع الامر الثاني واذا طلقها ثلثا فقالت قد انقضت عدتي على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله واختلفوا في ادنى هذه المدة قال ابوحنيفة رحمه الله لا تصدق في اقل من ستين يوما وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله يصدق في تسعة وثلثين يوما وتخريج قولهما انه يجعل كأنه طلقها في آخر جزء من اجزاء الطهر وحيضها اقل الحيض ثلثة وطهرها اقل الطهر خمسة عشر يوما فالثلثة اذا كانت ثلث مرات كانت تسعة والطهران ثلثون يوما فلذلك صدقت في تسعة وثلثين يوما لانها امينة اخبرت بما هو محتمل فوجب قبول قولها واما تخريج قول ابي حنيفة رحمه الله فيجعل كأنه طلقها في اول الطهر تحرزا عن ايقاع الطلاق في الطهر بعد الجماع وطهرها خمسة عشر يوما لانه لا غاية لاكثر الطهر فقدرناه باقله وحيضها خمسة لان من النادر ان يكون حيضها اقل الحيض او يمتد الى اكثر الحيض فيعتبر الوسط من ذلك وهو خمسة فثلثة اطهار كل طهر خمسة عشر تكون خمسة واربعين وثلث حيض كل حيض خمسة خمسة عشر فذلك ستون يوما وهذا على ما ذكره محمد رحمه الله واما على رواية الحسن رحمه الله فيجعل كأنه طلقها في آخر الطهر لان التحرز عن تطويل العدة واجب وايقاع الطلاق في آخر الطهر اقرب الى التحرز عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة لانا لما قدرنا طهرها

طهرها باقل المدة نظرا لها يقدر حيضها باكثر المدة نظرا للزوج فثلث حيض كل حيض عشرة ثلثون وطهران كل طهر خمسة عشر يوما ستون يوما وقوله وسنبينها في باب العدة قال في النهاية وقعت هذه الحوالة حوالة غير رائجة لانه لم يذكرها في باب العدة ولا في غيره ورد من حيث اللفظ والمعنى اما اللفظ فلان مثل هذا يسمى وعدا لا حوالة وكان ينبغي ان يقول وعد غير منجز واما المعنى فلانه لم يقل في باب العدة من هذا الكتاب فيجوز ان يكون وعده منجزا في باب العدة من كتاب آخر واقول الاول ظاهر والثاني خلاف الظاهر *

باب الايلاء

قال في النهاية ذكر في الاسرار في اول كتاب الطلاق منه التحريمات التي تنفذ من الزوج بحكم ملك النكاح اربعة انواع الطلاق والايلاء واللعان والظهار ثم قال فيبدأ بالطلاق لانه الاصل والمباح للزوج في وقته ثم ادنى درجة منه في الاباحة الايلاء لانه من حيث انه يمين مشروع ولكن فيه معنى الظلم على ما يجيء فكان ادنى درجة منه في الاباحة وهو في اللغة عبارة عن اليمين يقال آلى يولي ايلاء اذا حلف وفي الشريعة عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحة اربعة اشهر فصاعدا منعا مؤكدا باليمين وسببه سبب الطلاق الرجعي وهو عدم الموافقة وهما متشابهان في ان الابانة فيهما موقتة الى وقت لكن من الناس من يختار الطلاق الرجعي لان التدارك فيه لايستعقب مكروها ومنهم من يختار الايلاء لما ان التدارك فيه غير متضمن نقصان عدد الطلاق بخلاف الطلاق الرجعي وشرطه ان يكون صادرا من اهل الطلاق عند ابي حنيفة رحمه الله او من اهل وجوب الكفارة عندهما في منكوحته في مدة اربعة اشهر فصاعدا وركنه ان يقول والله لا اقربك اربعة اشهر او نحوه او يقول ان قربتك فعبدي حر وامثاله وحكمه لزوم الكفارة بالقربان في الاول ولزوم الجزاء في الثاني ووقوع تطليقة بائنة اذا مضت مدة الايلاء فهو يمين يترتب على الحنث

والبرفيه شيء وعن هذا قيل المولي من لا يخلو عن احد المكروهين فاذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله تعالى لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ الآية فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وقال الشافعي رحمه الله لا تلزمه الكفارة لان الله تعالى قال فان فاؤا فان الله غفور رحيم وعد المغفرة والمغفور لا يجب عليه عقوبة قلنا وعد المغفرة في الآخرة وذلك لا ينافي وجوب الكفارة في الدنيا وسقط الايلاء على معنى انه لو مضت اربعة اشهر لا يقع الطلاق لان اليمين ترتفع بالحنث * وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة لان معنى الايلاء عندنا ان مضت اربعة اشهر ولم اجامعك فانت طالق تطليقة بائنة وعند الشافعي رحمه الله لا تقع الفرقة بمضي المدة ولكنه توقف بعد المدة على ان يفيء اليها او يفارقها فان ابى ان يفعل تبين بتفريق القاضي بينهما فكان التفريق تطليقة بائنة لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة * ولنا انه ظلمها بمنع حقها وهو الوطئ في المدة فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة تخليصا لها عن ضرر التعليق ولا يحصل التخليص بالرجعي فوقع بائنا وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلثة وزيد ابن ثابت رضي الله عنهم وهم عند الفقهاء عبد الله ابن مسعود وعبد الله بن عباس و عبد الله ابن عمر وعند المحدثين هم اربعة ابن عمرو وابن عباس وابن الزبير وابن عمرو ولم يذكروا فيهم عبد الله بن مسعود رضي الله عنهم اجمعين واعترض بان الزوج انما يكون ظالما بمنع حقها اذا لم يكن وطئها مرة واما اذا وطئها فقد سقط حقها واجيب بان حقها سقط بالجماع مرة واحدة في القضاء واما في الديانة فلم يسقط فكان الجزاء زوال النعمة بوقوع الطلاق لمنعه حقها ديانة وفيه نظر لانه يستلزم ان لا يحكم القاضي بوقوعه لانه ليس بظالم عنده بعد الدخول مرة وليس كذلك لان الايلاء كان طلاقا في الجاهلية

الجاهلية على الفور بحيث لا يقربها الشخص بعد الايلاء ابدا فحكم الشرع بتاجيله الى انقضاء المدة فلم يتصرف فيه الا بالتاجيل فلا يتوقف على تطليقه وتفريق القاضي وقوله فان كان حلف يعني اذا مضت اربعة اشهر ولم يقربها فلا يخلوا اما ان كان حلف على اربعة شهرا وعلى الابد فان كان الاول فقد سقط اليمين لانها كانت موقتة به وان كان الثاني فاليمين باقية لانها يمين مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج وهو استثناء من قوله فاليمين باقية لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة اذ لا حق لها في الجماع بعدها وهذا اختيار عامة المشائخ رحمهم الله وكان الفقيه ابو سهل الشرعي يقول يتكرر الطلاق بتكرر المدة يعني اذا مضت مدة الايلاء قبل انقضاء عدتها لان الايلاء في حق الطلاق بمنزلة شرط متكرر كانه قال كلما مضت اربعة اشهر ولم اقربك فيها فانت طالق بائن الا يرى انه لو لم يقربها حتى بانت ثم تزوجها ولم يقربها اربعة اشهر بانت فدل على انه بمنزلة شرط متكرر والاصح قول العامة لما ذكر في الكتاب فان عاد فتزوجها بعد البينونة بمضي اربعة اشهر بعد انقضاء عدتها عاد الايلاء وان وطئها في المدة والا وقعت تطليقة اخرى بمضي اربعة اشهر اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج حدث حقها فتحقق الظلم فيزال بالطلاق البائن وقوله ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج قيل هو احتراز عما اذا تزوجها قبل انقضاء العدة فان ذلك الايلاء يعتبر من وقت الطلاق لا من وقت التزوج كذا ذكر التمرتاشي فان تزوجها ثانيا وفي بعض النسخ ثالثا ولكل وجه اما الاول فبالنظر الى التزوج بعد الايلاء واما الثاني فبالنظر الى التزوج قبل الايلاء والاول اظهر عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى تطليقة اخرى ان لم يقربها لما بينا ان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق وان وطئها كفر عن يمينه اما عدم وقوع الطلاق فلتقييده بطلاق هذا الملك لما ذكرنا انه بمنزلة التعليق بعدم

القربان وتعليق الطلاق ينحصر في طلاق ذلك الملك الذي حصل فيه التعليق وهو فرع مسئلة التنجيز الخلافية فانه يبطل التعليق عندنا خلافا لزفر رحمه الله وقد مر من قبل اي في باب الايمان في الطلاق قال في المبسوط واذا آلى الرجل من امرأته لا يقربها ثم طلقها ثلثا بطل الايلاء عندنا خلافا لزفر رحمه الله لان الايلاء طلاق مؤجل فهو انما ينعقد على التطليقات المملوكة ولم يبق شيء منها بعد وقوع الثلث عليها وكذلك لو بانت بالايلاء ثلث مرات ثم تزوجها بعد زوج آخر لم يكن مؤليا الا عند زفر رحمه الله اما الكفارة عند الوطئ فلبقاء اليمين لا طلاقها ووجود الحنث **قوله** فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن مؤليا فان حلف على اقل من اربعة اشهر مثل ان يقول والله لا اقربك شهرا وهو وضع المبسوط اوقال لا اقربك شهرين اوثلثة اشهر لم يكن مؤليا وقال ابن ابي ليلى هو مؤل فان ترك وطئها اربعة اشهر بانت بتطليقة وهكذا كان يقول ابوحنيفة رحمه الله اولا فلما بلغه فتوى ابن عباس رضي الله عنه لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر رجع عن قوله فان قيل فتوى ابن عباس رضي الله عنه مخالف لظاهر النص لان الله تعالى قال لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ اطلق الايلاء وقيد التربص بمدة وذلك يقتضي ان من آلى من امرأته ولو مدة يسيرة كيوم وساعة يلزمه تربص اربعة اشهر فالتقييد بمدة يكون زيادة على النص وهي لا تجوز بفتوى ابن عباس رضي الله عنه فكيف رجع ابوحنيفة رحمه الله عن قوله والجواب ان فتوى ابن عباس رضي الله عنه وقع في المقدرات والرأي لا مدخل له في المقدرات الشرعية فكان مسموعا ولم يرو عن احد خلافه فيجعل تفسيرا للنص لا تقييدا وتقديره والله اعلم للذين يؤلون من نسائهم اربعة اشهر تربص اربعة اشهر ترك الاول بدلالة الثاني فكان من باب الاكتفاء وقوله ولان الامتناع عن قربانها دليل معقول على وضع المبسوط كما ذكرنا في مطلع هذا البحث وتقريره الامتناع عن قربانها اي عن قربان من آلى منها زوجها اشهرا في اكثر المدة وهو ثلثة اشهر حاصل بلا مانع لانه ليس فيه يمين وبمثله اي بمثل هذا الحلف المنعقد

المنعقد على شهر لا يثبت حكم الطلاق بمضي اربعة اشهر لخلو الزائد عن اليمين فكان كمن لم يقربها اربعة او اكثر بلا يمين فانه بمضي اربعة اشهر لا يقع شيء والضمير في فيه قيل هو راجع الى الامتناع وقيل الى الحلف المفهوم من قوله وبمثله ويجوز ان يكون راجعا الى اكثر المدة ولو قال المصنف رحمه الله ولان الامتناع عن قربانها في بعض المدة بدل في اكثر المدة كان اشمل لتناوله وضع المبسوط وغيره ولو قال لها والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مؤل لانه جمع بينهما بحرف الجمع وهو الواو فصار كالجمع بلفظ الجمع كانه قال والله لا اقربك اربعة اشهر فيكون يمينا واحدة حيث لم يفرد المدة الثانية بنفي على حدة فلو قربها في المدة لزمته كفارة واحدة ولو مكث يوما او ساعة ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن مؤليا لان الثاني ايجاب مبتدأ والاصل في ذلك انه اذا لم يعد اسم الله في المعطوف ولا حرف النفي ولم يمكث بينهما ساعة دخل المعطوف في حكم المعطوف عليه كما في المسئلة الاولى واما اذا فات احد الامور المذكورة فقد كان ايجابا مبتدأ وعلى هذا في المسئلة الثانية لا يكون مؤليا لفوات الامور الثلثة لوجود المكث يوما واعادة اسم الله وحرف النفي فقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية مضافا الى الاولى بقوله بعد الشهرين الاولين اربعة اشهر الا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع فلا يكون مؤليا ويكون كلامه يمينين مستقلين تلزمه بالقربان كفارتان ولو قال والله لا اقربك شهرين ولا شهرين لا يصير مؤليا لانه باعادة حرف النفي صار ايجابا آخر وصار الاجلين متداخلين كما لو قال والله لا اكلم فلانا يوما ولا يومين فان اليمين تقضي بيومين لانه اعاد كلمة النفي فصار الثاني منفردا عن الاول فتداخل وقتهما بعد الانفراد لان الوقت الواحد يصلح وقتا لايمان كثيرة فان من قال والله لا اكلم فلانا شهرا ولا ادخل هذه الدار شهرا ولا آكل هذا الطعام شهرا فمضى واحد تنتهي الايمان كلها فكذلك ههنا اذا

مضي شهران فقد مضت مدة كل واحدة من اليمينين فيمكنه قربان امرأته في مدة الايلاء
بغير شيء يلزمه فلا يصير مؤليا بخلاف المسئلة الاولى فانه لم يفرد المدة الثانية بنفي على حدة
كان الكل مدة واحدة فكان مؤليا ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن مؤليا خلافا
لزفر رحمه الله هو يقول يصرف الاستثناء الى آخرها كما لو قال آجرت داري هذه سنة الا يوما
فتمت مدة المنع * ولنا ان المؤلي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه وهذا ليس
بصادق على ما نحن فيه لانه يمكن القربان اذ المستثنى يوم منكر فما من يوم يمر عليه
بعد يمينه الا ويمكنه بان يجعله اليوم المستثنى فيقربها فيه من غير شيء يلزمه ولا يجوز صرفه
الى آخر السنة لانه معين فكان تغيير الكلام من المنكر الى المعين بغير حاجة لان الجهالة
لا تمنع انعقاد اليمين بخلاف الاجارة فان الحاجة ماسة الى الصرف الى آخر السنة لتصحيحه
اي لتصحيح عقد الاجارة فانه لا يصح مع التنكير للجهالة ولو قربها في يوم والباقي اربعة
اشهر او اكثر صار مؤليا لسقوط الاستثناء * ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته بها
لم يكن مؤليا لانه يمكن القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة ولا يشكل بمن له
اربع نسوة وقال والله لا يقربهن فانه يصير مؤليا منهن ان لم يقربهن جميعا اربعة اشهر
بهن بالايلاء عندنا خلافا لزفر رحمه الله مع ان له ان يطأ كل واحدة منهن الى ان يأتي
الثلث منهن من غير شيء يلزمه لما ان الحنث لا يتعلق باجزاء المحلوف قبل ان ياتي بالكل
كما لو حلف لا يدخل هذه الادور الاربع له ان يدخل كل واحدة منها من غير حنث
ما لم يدخل الكل ثم لما كان في مسئلة الحالف على اربع نسوة بنفي القربان مؤليا في الحال
في حق كل واحدة منهن علم ان امكان القربان من غير شيء لا يمنع صحة الايلاء لانه انما
صار مؤليا مع امكان القربان على الوجه المذكور لان الحالف ظالم في حق كل واحدة
منهن بمنع حقها في الجماع كما لو عقد يمينه على كل واحدة منهن على الانفراد الا انه
لا يلزم الكفارة بقربان بعضهن لان الكفارة موجب الحنث فلا يحنث ما لم يتم شرطه ولكن

ولكن عند تمام الشرط لا يكون وجوب الكفارة لقربان الاخيرة فقط بل بقربانهن جميعا واما وقوع الطلاق فى الايلاء فباعتبار البر وذلك يتحقق في حق كل واحدة منهن فلهذا تبين بمضي المدة كذا فى النهاية **قوله** ولو حلف بحج اوبصوم لما فرغ من اليمين بالله فى الايلاء شرع في بيان اليمين بغير الله فيه بذكر الشرط والجزاء بان يعلق قربانها بحج اوصوم اوصدقة اوطلاق او عتاق فانه يصير مؤليا لتحقق المنع باليمين بذكر الشرط والجزاء وكلامه واضح وقوله البيع موهوم يعني لان الاصل عدم مايحدث فلا يمنع المانعية فيه اي فى الايلاء ولكن ان باع العبد سقط الايلاء عنه لانه صار بحال يملك قربانها من غير ان يلزمه شيء فان اشتراه يلزمه الايلاء من وقت الشرط لانه صار بحال لا يملك قربانها الا بعتق يلزمه وان كان جامعها بعدما باعه ثم اشتراه لم يكن مؤليا لان اليمين قد سقطت بوجود شرط الحنث بعد بيع العبد وان مات العبد قبل ان يبيعه سقط الايلاء لانه يتمكن من قربانها بعد موته من غير ان يلزمه شيء وقوله وان آلى من المطلقة الرجعية ظاهر واعترض بان الايلاء جزاء الظلم بمنع حقها فى الجماع والمطلقة الرجعية ليس لها حق فى الجماع لا قضاء ولا ديانة ولهذا لم يكن لها ولاية المطالبة بذلك حتى كان المستحب للزوج ان يراجعها بدون الجماع فلا يكون الزوج ظالما فينبغي ان لا يترتب عليه جزاء الظلم الذي هو الايلاء واجاب العلامة شمس الائمة الكردري رحمه الله بان الحكم فى المنصوص مضاف الى النص لا الى المعنى والمطلقة الرجعية من نسائها بالنص وهو قوله تعالى وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ والبعل هو الزوج فكانت المرأة من نسائه فكان الحكم المرتب على نساء الازواج بقوله لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ مرتبا على المطلقة الرجعية ولو قال لاجنبية والله لا اقربك اوانت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن مؤليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية اذ المحل نساؤنا بالنص فكان كبيع جلد الميتة فيكون باطلا فلا ينقلب بعد ذلك صحيحا وان قربها

كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه اي في حق الحنث لان اليمين يعتمد تصور الفعل المحلوف عليه حسا ولا يعتمد حله وحرمته الا يرى انه لو قال لا شربن الخمر في هذا اليوم ومضى اليوم ولم يشرب حنث وان كان الفعل حراما محضا ومدة الايلاء للامة شهران وقال الشافعي رحمه الله مدة ايلائها كمدة ايلاء الحرة لانها مدة ضربت لا ظهار الظلم بمنع الحق في الجماع والحرة والامة في ذلك سواء ولنا ان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة وقوله وان كان المؤلي مريضا هذه المسئلة على ثلثة اوجه احدها انه ان آلى وهو صحيح وبقي بعد ايلائه صحيحا مقدار ان يستطيع فيه ان يجامعها ثم مرض بعد ذلك وفيئه بالجماع عندنا خلافا لزفر رحمه الله لان المعتبر آخر المدة وهو عاجز عنده فكان كواجد الماء في اول الوقت فلم يتوضأ به حتى عدم الماء جاز له التيمم وقلنا لما تمكن من جماعها فقد تحقق منه الظلم بمنع حقها في الجماع فلا يكون رجوعه الا بايفاء حقها في الجماع والثاني انه آلى وهو مريض وتم اربعة اشهر وهو مريض وفيئه ان يقول بلسانه فئت اليها فان قال ذلك سقط الايلاء عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا فيئ الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي رحمه الله لانه لو كان فيئا لكان حنثا لان الفيئ يستلزم حكمين وجوب الكفارة وانتفاء الفرقة ثم الفيئ باللسان لا يعتبر في احد الحكمين وهو الكفارة فكذلك في الآخر ولنا انه آذاها بذكر المنع لان الزوج اذا كان عاجزا عن الجماع حال الايلاء لم يكن قصده الاضرار بمنع حقها في الجماع اذ لا حق لها فيه حينئذ وانما قصده الايحاش باللسان ومثل ذلك ظلم يرتفع باللسان واذا ارضاها باللسان ارتفع الظلم لان التوبة بحسب الجناية فلا يجازى بالطلاق ولا يلزم من كونه فيئا على هذا الوجه ان يجب الكفارة لانها جزاء الحنث والحنث لا يتحقق بالفيئ باللسان فان قيل اذا كان المؤلي مريضا وقت الايلاء وجب ان لا يتحقق الايلاء لعدم الظلم بمنع حقها اذ ليس لها حق في الجماع اذ ذاك فالجواب ما نقلناه من العلامة شمس الائمة الكردري رحمه الله وقد ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله في

في اول كتاب البيوع والثالث انه آلى وهو مريض فقدر على الجماع في المدة وفيئه بالجماع سواء كان فاء اليها في مرضه بالقول او لم يفئ اما اذا لم يفئ فظاهر وكذلك اذا فاء لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف ولقائل ان يقول المؤلي اذا كان مريضا حال الايلاء لا نسلم ان الاصل في فيئه الجماع لما ذكرنا آنفا انه آذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان والجواب ان المرض قد يطول وقد يقصر فعلى تقدير ان يقصر عن مدة الايلاء ويقدر على الجماع صار ظالما بمنع حقها في الجماع وتبين ان قصده في الابتداء لم يكن الا منع الحق بالجماع والاصل في الفيء حينئذ الجماع ولكن في اطلاق الخلف بعض تسامح على فور كلامه فتأمل واذا قال لامرأته انت علي حرام سئل عن نيته لانه يحتمل وجوها لا يمتاز بعضها عن بعض الا بارادة فان قال اردت الكذب فهو كما قال لا يقع الطلاق ولا يكون ايلاء ولا ظهارا لانه نوى حقيقة كلامه لان المرأة كانت حلا له فقوله انت حرام خبر ليس بمطابق للواقع فيكون كذبا وفيه نظر لان الكذب اذا كان حقيقة كلامه وجب ان ينصرف اليه ولا ينصرف الى غيره الا بقرينة او نية لان الحقيقة لا تحتاج الى شيء من ذلك وقيل لا يصدق في القضاء ذكر الطحاوي والكرخي رحمهما الله في مختصريهما ان القاضي لا يصدقه في ابطال الايلاء لانه يمين ظاهرا لكونه تحريم الحلال كما نذكره وان قال اردت الطلاق فان لم ينو شيئا من العدد او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة بائنة وان نوى الثلث فثلث لانه من الكنايات وقد تقدم البحث فيها وان قال اردت الظهار فهو ظهار في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ليس بظهار نقله شمس الائمة السرخسي رحمه الله عن النوادر لمحمد رحمه الله ان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو الركن فيه ولا تشبيه ههنا فلا يكون ظهارا ولهما انه اطلق الحرمة وهي تحتمل انواعا والظهار نوع منها فيكون من محتملات مطلق الحرمة ومن نوى محتمل كلامه صدق وان قال اردت التحريم او لم ارد شيئا

فهو يمين يصير به مؤليا فان قربها كفر وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بالايلاء اما اذا اراد التحريم فلان الاصل في تحريم الحلال انما هو يمين عندنا لقوله تعالى يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ الى قوله قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ واما اذا قال لم ارد شيئا فلان الحرمة الثابتة باليمين ادنى الحرمات لان في الايلاء الوطئ حلال قبل الكفارة وفي الظهار ليس كذلك ولان الحرمة في الايلاء لا تثبت في الحال مالم تنقض اربعة اشهر وفي الظهار تثبت في الحال واذا اريد به الطلاق وقع بائنا ويحرم الوطئ والايلاء لا يحرم الوطئ فلما كانت حرمة اليمين ادنى الحرمات تعينت لتيقنها وسيجيئ الكلام فيه في الايمان ان شاء الله تعالى ومن مشائخنا رحمهم الله من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق بدون النية قال به ابو بكر الاسكاف وابو جعفر الهندواني وابو بكر بن سعيد رحمهم الله قال الفقيه ابو الليث رحمه الله وبه نأخذ لان العادة جرت فيما بين الناس في زماننا هذا انهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق والله اعلم بالصواب *

باب الخلع

اخر الخلع عن الايلاء لمعنيين احدهما ان الايلاء لتجرده عن المال كان اقرب الى الطلاق بخلاف الخلع فان فيه معنى المعاوضة من جانب المرأة والثاني ان معنى الايلاء نشوز من قبل الزوج والخلع نشوز من قبل المرأة غالبا فقدم ما بالرجل على ما بالمرأة والخلع بالضم اسم من قولهم خالعت المرأة زوجها واختلعت منه بمالها وهو في الشريعة عبارة عن اخذ مال المرأة بازاء ملك النكاح بلفظ الخلع وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن وصفته انه من جانب المرأة معاوضة ومن جانب الزوج يمين على قول ابي حنيفة رحمه الله ويمين من الجانبين عندهما على ما سيأتي في بيان ثمرة الخلاف واذا تشاق الزوجان اي تخاصما وصار كل منهما في شق اي في جانب وخافا

وخافا ان لا يقيما حدود الله اي ما يلزمهما من حقوق الزوجية فلا بأس بان تفتدى المرأة نفسها منه بمال تبذله لقوله تعالى فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ فلا جناح على الرجل فيما اخذ ولا على المرأة فيما اعطت سمى الله تعالى ما اعطته فداء من فداه من الاسر اذا استنقذه لما ان النساء عوان عند الازواج بالحديث فكان المال الذي يعطى في تخليصهن فداء فاذا فعلا ذلك وقع الطلاق البائن ولزمها المال لقوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم موقوفا عليهم ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات فاذا قال خالعتك ولم يذكر العوض ونوى به الطلاق وقع والواقع بالكناية بائن فان قيل لو صار من الكنايات لكانت النية شرطا وليست بشرط اجاب بقوله الا ان ذكر المال اغنى عن النية ههنا وقد قيل في بيانه ان الخلع يحتمل الانخلاع عن اللباس او عن الخيرات او عن النكاح فلما ذكر العوض تعين الانخلاع عن النكاح فلا يحتاج الى النية ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة وقوله وان كان النشوز من قبله يقال نشزت المرأة على زوجها فهي ناشزة اذا استعصت عليه وابغضته وعن الزجاج النشوز يكون من الزوجين وهو كراهة كل واحد منهما صاحبه يكره له ان يأخذ عوضا لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا اتأخذونه بهتانا واثما مبينا فان قيل النهي ورد عن فعل حسي وهو الاخذ ومثله يقتضي عدم المشروعية ثم هو مؤكد بتواكيد هي قوله اتأخذونه بهتانا واثما مبينا وكيف تأخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض واخذن منكم ميثاقا غليظا وكيف افاد الجواز مع الكراهة اجيب بان النهي وان ورد عن فعل حسي ولكنه لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش فلا يعدم المشروعية في نفسه كما في قوله صلى الله عليه وسلم لا تتخذوا الدواب كراسي والى هذا اشار بدليله الثاني وهو قوله ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان كان

النشوز منها كرهنا له ان يأخذ منها اكثر مما اعطاها وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل ايضا لا طلاق ماتلوناه بدئا اي اولا يعني قوله تعالى فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ فانه لا يفصل بين الفضل وغيره ووجه الرواية الاخرى اي رواية القدوري وهي رواية كتاب الطلاق في الاصل قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة ثابت بن قيس بن شماس واما الزيادة فلا وقصتها ماروي ان جميلة بنت سلول كانت تحت ثابت بن قيس فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت لا اعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكني اخشى الكفر في الاسلام لشدة بغضي اياه فقال اتردين اليه حديقة فقالت نعم وزيادة فقال صلى الله عليه وسلم اما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها بما روينا من الحديث وكان قوله اما الزيادة فلا تنفي اباحة اخذ الفضل على ما نذكره واذا انتفى الاباحة كان مكروها ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك اذا اخذ والنشوز منه لان مقتضى ماتلونا من قوله تعالى فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ شيئان بجواز حكما اي جواز اخذ الزيادة في القضاء والاباحة اي اباحة اخذ الزيادة هكذا فسر الشارحون كلام المصنف رحمه الله وفرقوا بين العبارتين بان كل مباح جائز دون العكس لان الجواز ضد الحرمة والاباحة ضد الكراهة فاذا انتفى الجواز ثبت ضده وهو الحرمة فتنتفي الاباحة ايضا واذا انتفت الاباحة ثبت ضدها وهو الكراهة فلا ينتفي الجواز بجواز اجتماع الجواز مع الكراهة وقد ترك يعني ماتلونا في حق الاباحة لمعارض وهو قوله صلى الله عليه وسلم اما الزيادة فلا لكونه نهيا معنى في غيره وهو زيادة الايحاش كما تقدم وهو لا يعدم المشروعية فبقي معمولا في الباقي وهو الجواز وفيه بحث من وجهين احدهما ان النهي انما ورد في الحديث عن الرد وكلامنا في كراهة الاخذ فليس الحديث متصلا بمحل النزاع والثاني ان الحديث خبر واحد وهو لا يعارض الكتاب والجواب عن الاول ان الرد اذا كان غير مباح وهي ناشزة فكان الاخذ وهو ناشز اولى ان لا يكون

لايكون مباحا فكان متصلا بمحل النزاع من هذا الوجه وعن الثاني بان المعارض للكتاب اخذ منه وهو ناشز وهو قوله تعالى وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ الى قوله فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا والكتاب يجوز ان يعارض الكتاب واذا عورض الكتاب بالكتاب جاز بعده ان يعارض بالخبر فكان الحديث معارضا للكتاب بعد معارضة الكتاب بالكتاب فكانت جائزة وان طلقها على مال مثل ان قال انت طالق بالف درهم اوعلى الف درهم فقبلت وقع الطلاق ولزم المال لان هذا تصرف معاوضة يعتمد اهلية المتعاوضين وصلاحية المحل والكل حاصل اما اهلية الزوج فلانه يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا لامحالة وقد علقه بقبولها بدلالة مقام المعاوضة فان الحكم يتعلق فيه بالقبول واما اهلية المرأة فلانها تملك التزام المال لولايتها على نفسها واما صلاحية المحل فلان ملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص فانه ليس بمال وجاز اخذ العوض عنه والجامع وجود الالتزام من اهله كذا في بعض الشروح واذا وقع الطلاق كان بائنا لما بينا انها لاتسلم المال الالتسلم لها نفسها ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك الزوجة البدل الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة **قوله** وان بطل العوض في الخلع اذا خالع المسلم امرأته على خمرا وخنزيرا وميتة فلا شيء للزوج لبطلان العوض المسمى والفرقة بائنة وان طلقها على ذلك وهي مدخول بها ولم يكن الطلاق الواقع التطليقة الثالثة فلا شيء له والطلاق رجعي اما الاشتراك في وقوع الطلاق فلانه علقها بقبولها وقد قبلت واما الافتراق بينهما بالبينونة والرجعة فلانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية كما تقدم والواقع بها بائن اذا لم تكن من الالفاظ الثلثة وهذه اللفظة ليست منها وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة واما عدم وجوب شيء عليها للزوج فلانها ما سمت مالا متقوما لتصير غارة له ولانه لا وجه للالزام المسمى لامتناع المسلم من تسليمه ولا الزام غيره لعدم الالتزام به بخلاف ما اذا خالع على خل

بعينه فظهر خمرا فانه يلزم عليها رد المهر الذي اخذته عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما كيل مثل ذلك من خل وسط وهذا والصداق سواء لانها سمت مالا وغرته بذلك فكانت ضامنة لان التغرير في ضمن العقد يوجب الضمان فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا كاتب او اعتق عبده على خمر حيث تكون الكتابة فاسدة وان اداها عتق وعلى العبد قيمته اجاب بقوله وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث يجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه اي في العبد متقوم حتى لو غصب وجبت القيمة على الغاصب وما رضي بزواله مجانا فلما لم يقدر على تسليم البدل لعدم تقومه لزمته قيمة المبدل وهو الرقبة المتقومة اما ملك البضع في حالة الخروج فغير متقوم على ما نذكره بعيد هذا بقوله والفقه فلا يلزمها شيء وهذا الجواب بالنسبة الى العبد ظاهر كما ترى وكذا بالنسبة الى المكاتب لان ملك المولى لما كان فيه متقوما لم يرض بزواله بلا بدل ولما لم يصح البدل فسدت الكتابة واما ملك البضع فلما لم يكن متقوما لم يلزم من بطلان البدل فساد الخلع واما عتق المكاتب اذا ادى الخمر المسماة فلان في الكتابة تعليق العتق باداء المسمى وقد وجد الشرط فيقع المشروط قيل وفي قوله على خمر تلويح الى انه لو كانت على ميتة او دم فالكتابة باطلة حتى لو ادى لم يعتق ولا تجب القيمة وقوله وبخلاف النكاح للفرق بينه وبين الخلع حيث صح ووجب مهر المثل والخلع صح ولم يجب شيء لان البضع في حالة الدخول متقوم ولهذا اذا تزوج المريض امرأة بمهر مثلها كان من جميع المال والفقه ما ذكره وهو واضح **قوله** وما جاز ان يكون مهرا في النكاح جاز ان يكون بدلا في الخلع كل ما جاز ان يكون مهرا في النكاح جاز ان يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس لان ما يصلح ان يكون عوضا للمتقوم اولى ان يصلح عوضا لغيره ولا ينعكس فاذا اختلعت منه على ما في بطون غنمها جاز وله ما في بطون غنمها وقت الخلع دون ما حدث بعده ولو تزوج امرأة على ما في بطون غنمه وجب مهر المثل لان التسمية غير صحيحة لكون ما في البطن

البطن ليس بمال في الحال وإن كان بعرضية ان يصير مالا بالانفصال لكنها بالنظر إلى ذلك تكون في معنى الإضافة او التعليق واحد العوضين وهو منافع البضع في باب النكاح لا يحتمل التعليق والإضافة فكذلك العوض الآخر واما الخلع فاحد العوضين فيه وهو الطلاق يحتمل الإضافة والتعليق بالشرط فكذلك العوض الآخر فامكن تصحيح تسمية ما في البطن باعتبار المآل واذا صحت التسمية فله المسمى ان وجدوا ان لم يكن في بطونها شيء فلا شيء له لانها ما غرته لان ما في البطن قد يكون مالا متقوما وقد يكون ريحا فان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها ولم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لانها لم تغره بتسمية المال لان كلمة ما عامة يتناول المال وغيره وان قالت خالعني على ما في يدي من المال فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال مجانا ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة اي لجهالة كل واحد منهما ويجوز ان يكون معناه لجهالة المسمى واذا كان المسمى مجهولا كانت القيمة اكثر جهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج لما تقدم فتعين ايجاب ما قام بالبضع على الزوج دفعا للضرر عنه وقوله ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم واضح وقوله وكلمة من ههنا للصلة اشارة الى ما يقال اذا كان في هذه الصورة درهمان او درهم يجب ان لا يجب عليها شيء غير ذلك لان كلمة من للتبعيض وكانه اراد بكونه صلة ان يكون للبيان على اصطلاح النحويين كما في قوله تعالى فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ ومنهم من ضبط فقال كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعيض كما في قولك اخذت من دراهم وكل موضع لا يصح فيه بدونه فهو صلة زيدت لتصحيح الكلام فانها لو قالت خالعني على ما في يدي دراهم اختل الكلام واذا لم يكن للتبعيض كان الجمع فيما نحن فيه باقيا على حاله فتلزمها ثلثة دراهم واعترض بان ما ذكرت من الاختلال ليس بصحيح لان قوله دراهم يجوز ان يكون بدلا من قولها ما في يدي

ويكون تقديره خالعني على دراهم وقوله الدراهم يكون بدلا ايضا ويكون تقديره خالعني على الدراهم واللام اذا دخل على الجمع ولم يكن ثم معهود يراد به الواحد فلو كان في يدها درهم واحد وجب ان يكتفى به ولا يلزمها الزيادة والجواب عن الاول ان هذا المنع لا يضرنا لانه اذا كان تقدير كلامها خالعني على دراهم تلزمها ثلثة وهو المطلوب وعن الثاني بانا لا نسلم انه لا معهود ثم بل ما في يدها معهود بالاشارة اليها فان اختلعت على عبدلها آبق على انها بريئة من ضمانه يعني ان لا تطالب بتحصيله وتسليمه بل ان حصل تسلمه اليه والا فلا شيء عليها لم تبرأ وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد معاوضة يقتضي سلامة العوض فيكون اشتراط البراءة شرطا فاسدا لانه لا يقتضيه العقد فيبطل دون الخلع لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة فان قيل سلمنا ان الخلع لا يبطل بها لكن ينبغي ان يفسد التسمية لاشتراط عدم وجوب تسليم المسمى واذا فسدت رجع الزوج عليها بما ساق اليها من المهر كما اذا اختلعت منه على دابة اجيب بان العقد اذا كان صحيحا كان ما يناقضه من الشرط ساقطا والساقط لا يؤثر في فساد شيء وانما فسدت التسمية فيما اذا اختلعت على دابة للجهالة المستتبعة لكونها تنتظم انواعها مختلفة من الحيوان فان قيل الخلع كما يوجب تسليم المسمى يوجب تسليمه بوصف كونه سليما واشتراط البراءة عن وصف السلامة صحيح فليصح اشتراطها عن تسليم المسمى ايضا اجيب بان استحقاق التسليم فوق استحقاق وصف السلامة فان بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز والبيع بشرط البراءة عن العيوب صحيح فلا يلزم من جواز الادنى جواز الاعلى ولان الرغبة في تملك الشيء للانتفاع به وذلك بالتسلم وباشتراط البراءة عنه يفوت هذا المقصود ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب وقوله وعلى هذا النكاح يعني اذا تزوج امرأة على عبد آبق على انه بريء من ضمانه لم يبرأ وعليه تسليم عينه الى آخره واذا قالت طلقني ثلثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف وكلامه واضح وان قالت طلقني ثلثا على الف درهم

درهم فطلقها واحدة وقع طلاق رجعي ولا شيء عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا وقعت تطليقة بائنة بثلث الالف لان الطلاق على مال من جانب المرأة معاوضة وكلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم او على درهم سواء واذا كان معاوضة وكلمة على بمنزلة الباء انقسم اجزاء العوض على اجزاء المعوض ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة على للشرط اي يستعمل للشرط مجازا قال الله تعالى يُبَايِعْنَكَ عَلَى أَن لَا يُشْرِكْنَ بِاللهِ شَيْئًا اي بشرط عدم الاشراك بالله ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلي الدار فكان شرطا ومجوز المجاز ما ذكره المصنف رحمه الله انه استعير للشرط لانه يستلزم الجزاء فكانت المناسبة بينهما من حيث اللزوم واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط وفيه بحث من وجهين احدهما ان جعله بمعنى الشرط غير مستقيم لانه دخل على تمليك المال وذلك لا يقبل التعليق والثاني ان ما ذهبتم اليه مجاز وما ذهبنا اليه مجاز آخر وليس احد المجازين اولى من الآخر فان اللزوم كما هو موجود بين الشرط والجزاء فكذلك بين العوض والمعوض والجواب عن الاول ان المال فيما نحن فيه تابع للطلاق فجاز ان يقبله تبعا لمتبوعه وان لم يقبله مستقلا وعن الثاني ان اللزوم بين العوضين بالتضايف وبين الشرط والجزاء بالذات فكان جعله للشرط مجازا اقرب الى الحقيقة والمجاز الاقرب الى الحقيقة اولى على ما عرف في الاصول **قوله** على ما مر اراد به قوله لان حرف الباء تصحب الاعواض واذا لم يجب المال كان طلاقا مبتدأ غير مبني على سؤالها فوقع وله الرجعة وقوله ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلثا ظاهر ولو قال لها انت طالق على الف او بالف يتوقف على قبولها في المجلس وهذا يمين من جهته فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ اليها ان كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها واضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس وقوله لان معنى

قوله بالف بعوض الف يجب لي عليك نظرا الى الباء ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون لي عليك انما هو على قول ابي حنيفة رحمه الله واما عندهما فلا فرق بين العبارتين والعوض لا يجب بدون قبوله ظاهر وقوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده يحتاج الى ان يضم اليه ووجوده بكون الالف عليها وكونها عليها انما يكون بالقبول فاذا قبلت في المجلس وقع الطلاق ووجب عليها الالف ويكون الطلاق بائنا لما قلنا يعني في اول هذا الباب من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة ومن المعقول وهو قوله ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها ولو قال لامرأته انت طالق وعليك الف فقبلت وقع الطلاق ولا شيء عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا لو قال لعبده انت حر وعليك الف فقبل وكذلك الحكم ان لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق ويعلم من هذا ان الخلاف في موضعين احدهما ان المرأة والعبد اذا قبلا المال وقع الطلاق والعتاق مجانا عند ابي حنيفة رحمه الله ولا معتبر بقبولهما وعندهما يجب على المرأة والعبد المال والثاني انهما اذا لم يقبلا المال يقع الطلاق والعتاق عنده كما اذا قبلا وعندهما اذا لم يقبلا لم يقعا لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم والخلع معاوضة فيحمل الواو على معنى الباء بدلالة حال المعاوضة كانه قال انت طالق بالف درهم فقبلت ولهما ههنا طريق آخر وهو ان يجعل الواو للحال كانه قال انت طالق في حال ما يجب لي عليك الف درهم ولا يكون ذلك الا بعد قبولها فاذا قبلت وجبت الالف ولابي حنيفة رحمه الله ان قوله عليك الف جملة تامة من مبتدأ وخبر وكل ما هو كذلك لا يرتبط بما قبله الا بدليل اذ الاصل في الجملة التامة الاستقلال ولا دليل ههنا لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بل عادة الكرام فيهما الامتناع عن قبول عوض بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه اي دون المال لكونهما معاوضة محضة

محضة فيصلح ان يكون حال المعاوضة دليلا ولو قال انت طالق على الف على اني بالخيار او على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت طلقت والخيار باطل اذا كان للزوج وجائز اذا كان للمرأة فان ردت الخيار في الثلث بطل الطلاق وان اجازت الطلاق ولم ترد الخيار حتى مضت ايامه وقع الطلاق ولزمها الالف عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الف درهم لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد ولا فسخ بعد الانعقاد ههنا لان التصرفين يعني ايجاب الزوج وقبول المرأة لا يحتملان الفسخ من الجانبين اما من جانبه فلانه يمين لانه ذكر الشرط والجزاء معنىً واليمين لا يقبل الفسخ واما من جانبها فلان قبول المرأة شرط تمام اليمين فان يمين الزوج يتم بقبول المرأة فاخذ قبولها حكم اليمين في عدم احتمال الفسخ ولابي حنيفة رحمه الله ان الخلع من جانبها بمنزلة البيع الايرى انها لو رجعت صح ولو قامت من المجلس بطل كما في البيع واذا كان كذلك صح اشتراط الخيار فيه واما في جانبه فيمين لانه لا يصح الرجوع عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان فان قيل قد ثبت انه من جانبها شرط اليمين وشرط اليمين لا يقبل الفسخ اجيب بان كونه شرط اليمين لا يمنع ان يكون تمليكا في نفسه كمن قال لآخران بعتك هذا العبد بكذا فعبدي هذا الآخر حروانه معلق بالمعاوضة فلم يمنع كونه معاوضة ان يكون شرطا لليمين واذا كان كذلك يثبت فيه الخيار ثم لما بطل القبول بالرد بحكم الخيار بطل كونه شرطا لان كونه شرطا قائم بهذا الوصف وهو انه تمليك مال وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق يعني يصح الخيار من العبد اذا اخبره في الاعتاق على مال كما يصح الخيار في الخلع من جانب المرأة ومن قال لامرأته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم امس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فانه تعليق للطلاق بقبولها المال ولهذا لا يصح الرجوع عنه والاقرار به اي باليمين على

تاويل الحلف اوالمذكور لايكون اقرارا بوجود الشرط لصحته اي لصحة اليمين بدونه اي بدون الشرط اما البيع فلا يتم الا بالقبول ولهذا يملك الرجوع قبل القبول فالاقرار به اي بالبيع اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه عن الاقرار وهو غير مسموع

قوله والمبارأة كالخلع المبارأة بفتح الهمزة مفاعلة من بارأ شريكه اذا ابرأ كل واحد منهما شريكه وترك الهمزة خطاء كذا في المغرب والاصل في هذا الفصل ان المبارأة والخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح كالمهر والنفقة الماضية دون المستقبلة لان للمختلعة والمبارئة النفقة والسكنى ما دامت في العدة به صرح الحاكم الشهيد في الكافي وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يسقط فيهما الا ما سمياه وابو يوسف رحمه الله معه في الخلع ومع ابي حنيفة رحمه الله في المبارأة فلو كان مهرها الفا فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم من مهرها فليس لها ان ترجع على الزوج بشيء في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قولهما ترجع عليه باربع مائة درهم ولو كان قبضت الفا ثم اختلعت بمائة درهم لم يكن للزوج غير المائة في قوله وعندهما يرجع عليها الى تمام النصف واذا خالعها على مال مسمى معلوم معروف سوى الصداق فان كانت المرأة مدخولا بها والمهر مقبوض فانها تسلم الى الزوج بدل الخلع ولا يتبع احدهما الآخر بعد الطلاق بشيء وان كان المهر غير مقبوض فالمرأة تسلم الى الزوج بدل الخلع ولا ترجع عليه بشيء من المهر عند ابي حنيفه رحمه الله خلافا لهما واما اذا كانت المرأة غير مدخول بها والمهر مقبوض فان الزوج يأخذ منها بدل الخلع ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند ابي حنيفة رحمه الله وان لم يكن المهر مقبوضا يأخذ الزوج منها بدل الخلع وهي لا ترجع على زوجها بنصف المهر عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما واما اذا بارأها بمال معلوم سوى المهر فالجواب فيه عند محمد رحمه الله كالجواب في الخلع عنده وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله

رحمهما الله الجواب فيه كالجواب في الخلع عند ابي حنيفة رحمه الله لمحمد رحمه الله ان هذه اي كل واحد من الخلع والمبارأة معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولهذا لو كان لاحدهما دين واجب بسبب آخر او عين في يده لا يسقط بهما شيء من ذلك ونفقة عدتها لا تسقط وان كانت من حقوق النكاح ولابي يوسف رحمه الله ان المبارأة مفاعلة من البراءة والمفاعلة تقتضي الفعل من الجانبين وذلك يقتضي براءة كل واحد منهما عن الآخر وانه اي لفظ البراءة على ما قيل او على تاويل المذكور مطلق وقيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض وهو وقوع البراءة عما وقعت البراءة لاجله وهو النشوز الحاصل بسبب وصلة النكاح وانقطاع المنازعة انما يكون باسقاط ما وجب باعتبار تلك الوصلة كذا في بعض الشروح وقيل الغرض هو قطع المنازعة الناشئة بالنكاح فتقييد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نقض النكاح فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة رحمه الله ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو افصال العامل عنه فالفصل لا يكون الا عن وصل ولا وصل الا بالنكاح وحقوقه اللازمة به وقد صدر مطلقا من غير قيد بالنكاح كالمبارأة فيعمل بالاطلاق كما في المبارأة في النكاح واحكامه وحقوقه قولا بكمال الفصل ونفقة العدة لم تكن واجبة عند الخلع لتسقط به وانما تجب بعده شيئا فشيئا ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها لان ولاية الاب نظرية ولا نظر لها فيه اي في هذا الخلع لان البضع في حالة الخروج غير متقوم ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث والبدل متقوم ومقابلة ما ليس بمتقوم بماله قيمة ليست من النظر في شيء بخلاف النكاح فان الرجل اذا زوج ابنه الصغير امرأة بمهر المثل صح لان البضع متقوم حالة الدخول ولهذا يعتبر نكاح المريض بمهر المثل من جميع المال فكان مقابلة المتقوم بالمتقوم وهذا من وجوه النظر واذا لم يجز الخلع لم يسقط المهر ولا يستحق الزوج من مالها بدل الخلع وهل يقع الطلاق او لا يقع فيه روايتان في رواية يقع وفي اخرى لا يقع ومنشاء الروايتين

قول محمد رحمه الله فى الكتاب لم يجز فانه يحتمل ان ينصرف الى الطلاق وان ينصرف الى لزوم المال والصحيح ان الطلاق واقع وعدم الجواز منصرف الى المال نص عليه فى المنتقى فقال لان لسان الاب كلسانها ولو خالع امرأته الصغيرة على مهرها فقبلت اوقالت الصغيرة لزوجها خالعني على مهري ففعل وقع الطلاق بغير بدل واختاره المصنف رحمه الله وقال والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله اي قبول الاب فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط مثل ان يقول ان دخلت الدار اوغيره وفي ذلك يقع اذا وجد الشرط فكذلك اذا وجد القبول ووجه الرواية الاخرى ان الخلع في معنى اليمين والايمان لا تجري فيها النيابة ولو انعقد من الاب انعقد بطريق النيابة الا ان هذا لايقوي فان الاب يوجد منه شرط اليمين لا نفس اليمين وشرط اليمين يصح من كل واحد فان خالعها على الف على انه اي الاب ضامن فالخلع واقع وعلى الاب الالف ومعنى الضمان ههنا التزام المال على نفسه لا الكفالة عن الصغيرة لان الزوج لايستحق عليها مالاحتى يتكفل عنها احد ووجه ذلك ماذكره لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح لكونه في معنى المختلعة في عدم دخول شيء يقابل البدل في ملكه فعلى الاب اولى وذكرفي وجه الاولوية ان للاب ولاية التصرف في مال ولده الصغير بيعا وشراء واجارة وايداعا وابضاعا ولا يجوز هذه التصرفات من الاجنبي ثم اشتراط بدل الخلع على نفسه تصرف من التصرفات فلما جاز ذلك من الاجنبي مع انه ليس له ولاية عامة التصرفات في مال الصغير فلان يجوز من الاب وله ذلك اولى وفيه تأمل فان التصرف في مال الصغير نفسه انما يؤثر فى الاولوية ان لوتعلق بدل الخلع بمال الصغير وليس كذلك فكان تلك الولاية وعدمها سواء ولعل الاولى ان يقال الخلع تصرف دائر بين النفع والضرر اونفع محض كقبول الهبة على ماقيل فاذا كان التزام بدله من الاجنبي صحيحا مع قصور الشفقة فلان يصح من الاب مع وفورها

وفورها اولى فان قلت على ما ذكرت من كون الاجنبي في معنى المرأة في عدم دخول شيء يقابل البدل في ملكه يجب ان يصح اعتاق الرجل عبده على مال على الاجنبي كما يصح على مال عليه لانه لايدخل في ملك الاجنبي شيء كالعبد وليس كذلك قلت يحصل للعبد حرية نفسه التي هي حيوة معنوية وسبب لحصول الاملاك وليس الاجنبي كذلك لا يقال في الخلع ايضا يحصل للمرأة الحرية عن رق النكاح وليس الاجنبي كذلك لانا نقول العتق يثبت الحرية والقوة الشرعية والخلع يرفع المانع ليعمل القوة الشرعية عملها فلم يكن فيها اثبات شيء بخلاف العتق وقوله لا يسقط مهرها يعني وان كان الخلع يسقطه لانه لم يدخل تحت ولاية الاب ولانه ليس من النظر وولايته نظرية وقوله وان شرط الالف يعني ان الزوج ان شرط الالف على الصغيرة توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول بان تعقل العقد وتعبر عن نفسها فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة فان قبله الاب عنها ففيه اي في هذا القبول روايتان في رواية يصح لان هذا نفع محض لان الصغيرة تتخلص عن عهدته بغير مال فصح من الاب كقبول الهبة كذا في مبسوط فخر الاسلام وفيه نظر وفي رواية لايصح لان هذا القبول بمعنى قبول اليمين وذلك مما لايحتمل النيابة وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر لوجود الشرط وهو القبول وليست من اهل الغرامة فان قبل الاب عنها فعلى الروايتين في رواية يصح وفي اخرى لا يصح ووجه الروايتين ما ذكرناه آنفا وان ضمن الاب المهر اي التزم يعني اذا خالع الاب مع الزوج والتزم المهر على ذمته وهو الف درهم مثلا طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمس مائة استحسانا لان فرض المسئلة فيما اذا كانت غير ملموسة فكان المهر الفا فاضاف الخلع الى مهرها ما يجب لها بالنكاح والواجب لها بالنكاح في الطلاق قبل الدخول نصف المهر وهو خمس مائة فكانه خالعها على خمسمائة

صريحا وفي القياس يلزمه الالف بحكم الضمان واعلم ان ضمان الاب بالمهر وهو الف درهم اذا صح لا يخلو من احد الامرين اما ان يكون مدخولا بها او لا فان كانت فلها على الزوج جميع المهر وللزوج على الاب بحكم الضمان الف درهم وان لم تكن فلها على الزوج نصف المهر لان النصف الآخر يسقط بالطلاق قبل الدخول وللزوج على الاب الف درهم بحكم الضمان في القياس واما في الاستحسان فللزوج على الاب خمسمائة لان المقصود سلامة الالف وقد حصلت اذ النصف سقط بالطلاق قبل الدخول والنصف الآخر الذي ترجع به المرأة عليه فهو يرجع به على الضامن عليها وهو الاب هذا اذا لم تقبض المهر واما اذا قبضت كله فيرجع الزوج بالنصف عليها وبالنصف الآخر على الضامن فيسلم له جميع الالف ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد المقصود واصل هذه المسئلة في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على الف ومهرها الف ولم يقبض شيئا فالقياس ان يجب عليها خمسمائة للزوج لان خمسمائة من المهر سقطت بالطلاق قبل الدخول وقد التزمت المرأة الالف ونصف الالف سقط عن ذمتها بطريق المقاصة لان لها على الزوج خمسمائة باقية بعد سقوط نصف المهر فيجب عليها خمسمائة زائدة على الالف تتميما للالف التي لزمتها وفي الاستحسان لا شيء عليها لان مقصود الزوج سقوط كل المهر عن ذمته وقد حصل فلا يلزمها شيء زائد على ذلك واما اذا قبضت جميع المهر فعلى القياس ترد المرأة الالف وخمسمائة الالف بدل الخلع وخمسمائة نصف المهر بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان ان ترد الالف لا غير خمسمائة بدل الخلع وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وقوله زائدة بالجر لان الصفة تتبع المضاف اليه في الاعراب كما في قوله تعالى سَبْعَ بَقَرَاتٍ سِمَانٍ كذا في النهاية وقال هكذا افاد شيخي رحمه الله مرارا والله اعلم بالصواب *

باب

باب الظهار

قد تقدم وجه ترتيب الحرمات المتقدمة في اول كل باب منها ويحتاج الى تقديم الظهار على اللعان ووجهه انه اقرب الى الاباحة من سبب اللعان فان سبب اللعان عند اضافته الى غير منكوحة يوجب حد القذف وموجب الحد معصية محضة بغير شائبة الاباحة والظهار فى اللغة قول الرجل لامرأته انت علي كظهر امي وفي اصطلاح الفقهاء تشبيه المنكوحة بالمحرمة على سبيل التابيد اتفاقا بنسب او رضاع او مصاهرة وانما قيد بقوله اتفاقا احترازا عن قول الرجل لامرأته انت علي كظهر فلانة وهي ام المزني بها او بنتها فانه لا يكون مظاهرا لان من الفقهاء من يقول الحرام لا يحرم الحلال وسببه سبب الخلع وهو النشوز فان آية الظهار نزلت في حق خولة وكانت ناشزة وشرطه كون المظاهر عاقلا بالغا مسلما والمرأة من نسائنا وركنه قوله لامرأته انت علي كظهر امي او ما قام مقامه وحكمه حرمة الوطئ والدواعي مع بقاء اصل الملك الى غاية الكفارة

فاذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطئها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا والظهار كان طلاقا فى الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وبيان ذلك ان احدهم فى الجاهلية اذا اراد ان يطلق امرأته جعلها فى التحريم على نفسه كالموضع التي لا يطلع عليها من امه كالفخذ والظهر والبطن والفرج ثم نظروا فلم يجدوا موضعا احسن فى الذكر واستر من الظهر مع اضافة المعنى الذي ارادوه فاستعملوه دون غيره ثم ان خولة بنت ثعلبة قالت كنت تحت اوس بن الصامت وقد ساء خلقه لكبر سنه فراجعته في بعض ما امرني به فقالت انت علي كظهر امي ثم خرج فجلس في نادي قومه ثم رجع الي

فراودني عن نفسه فقلت والذي نفس خولة بيده لا تصل الي وقد قلت ماقلت حتى يقضي الله ورسوله في ذلك فوقع علي فدفعته بما يدفع به المرأة الشيخ الكبير وخرجت الى بعض جيراني فاخذت ثيابا فلبستها واتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته بذلك فجعل يقول لي زوجك وابن عمك وقد كبر فاحسني اليه فجعلت اشكو الى الله ما ارى من سوء خلقه فتغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم ماكان يتغشاه عند نزول الوحي فلما سُرِّي عنه قال انزل الله فيك وفي زوجك بيانا وتلا قوله تعالى قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ الى آخر آيات الظهار ثم قال مريه فايعتق رقبة فقلت لا يجد ذلك يا رسول الله فقال مريه ان يصوم شهرين متتابعين فقلت هو شيخ كبير لا يطيق الصوم فقال مريه فليطعم ستين مسكينا فقلت ما عنده شيء يا رسول الله فقال انا سنعينه بعرق فقلت وانا اعينه بعرق ايضا فقال افعلي واستوصي به خيرا وقال علماؤنا رحمهم الله المراد من العود هو العزم على الجماع الذي هو امساك بالمعروف وقال الشافعي رحمه الله المراد هو السكون عن طلاقها عقيب الظهار وقوله وهذا اشارة الى نقل حكم الظهار من الطلاق الى التحريم الموقت بالكفارة وبيانه ان الظهار جناية لكونه منكرا من القول وزورا قال الله تعالى وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا المنكر ما ينكره الحقيقة والشرع والزور هو الكذب والباطل والجناية فناسب المجازات عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطيء اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام وقال الشافعي رحمه الله لا تحرم الدواعي لان التحريم عرف بقوله تعالى مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا والتماس في القرآن كناية عن الجماع واجاب صاحب الاسرار بان التماس حقيقة في المس باليد والكلام للحقيقة حتى يقوم دليل المجاز بخلاف الحائض والصائم حيث لا تحرم الدواعي فيهما لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي افضى الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام وسيأتي في كتاب الكراهة فان قيل لما كثر وجودهما كانا ادعى الى شرع الزاجر من الظهار

من الظهار فلم انعكس الامر اجيب بان اوقات الحيض والصوم وان كان كثيرا لكن اوقات الطهر والافطار اكثر فلما كثر اوقات الطهر كان الجماع موجودا فيه ما ظاهرا فيوجب ذلك فتور رغبة فى الجماع فلا يليق فيه ايجاب الزاجر لان ايجاب الزاجر لمنع وجود الجماع وبفتور الرغبة كان ممتنعا فلا يحتاج الى ايجاب الزاجر فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى اي الكفارة الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص ولا يعاود الوطئ حتى يكفر لما روي ان سلمة بن صخر البياضي قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ظاهرت من امرأتي ثم ابصرت خلخالها في ليلة قمراء فواقعتها فقال صلى الله عليه وسلم استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر ووجه الاستدلال ماذكره بقوله ولو كان شيء آخر وجب لبينه عليه السلام **قوله** وهذا اللفظ هذا اشارة الى قوله انت علي كظهر امي يعني هذا اللفظ لا يثبت به الا الظهار فلو نوى الطلاق او الايلاء او قال لم انو به شيئا يكون ظهارا لانه اي كونه طلاقا منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به لانه في ذلك تغيير موضوع الشرع وليس للعبد ذلك وان قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة اللام في المحللة والمحرمة للعهد اي المحللة نكاحا او بملك اليمين بالمحرمة تابيدا لا توقيتا وهذا المعنى اي التشبيه يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه كالاعضاء المذكورة بخلاف اليد والرجل والشعر والظفر لانه يحل النظر والمس فلا يكون مظاهرا بالتشبيه بها قوله وكذا اذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليه ظاهر وان قال رأسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك كان مظاهرا لان هذه الاعضاء يعبر بها عن جميع البدن فيكون تشبيهها من المرأة كتشبيه ذات المرأة ولو قال نصفك او ثلثك او ربعك كظهر امي كان مظاهرا لان الحكم يثبت في ذلك الجزء اولا ثم يسري الى سائر البدن كما بيناه في الطلاق * ولو قال انت علي مثل امي او كامي احتمل وجوها فيرجع الى نيته

لينكشف ذلك وكلامه ظاهر وقوله وان لم يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ذكر في المبسوط قول ابي حنيفة رحمه الله وحده وعن ابي يوسف رحمه الله فيه روايتان احدهما كقول محمد رحمه الله لانه قال في الامالي واذا قال هذا في حالة الغضب وقال نويت به البر يصدق قضاء وهو ظهار وعنه انه قال ايلاء لان الام محرمة عليه بالنص قال الله تعالى حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ اُمَّهَاتُكُمْ وكان قوله انت علي كامي بمنزلة قوله انت علي حرام وقد بينا في هذا اللفظ انه اذا لم ينو شيئا يثبت اقل الوجوه وهو الايلاء ووجه قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله على ما ذكره في الكتاب ان كلامه يحتمل التشبيه من حيث الكرامة فيحمل عليه الا ان يبين خلافه بالنية والفرض عدمها ووجه قول محمد رحمه الله ان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف رحمه الله هو الايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين فان الحرمة الثابتة بالايلاء ادنى من الحرمة الثابتة بالظهار اذ حرمة الايلاء لغيرها وهو هتك حرمة اسم الله تعالى وحرمة الظهار لعينها وهو انه منكر من القول وزورا ولان الحرمة الثابتة بالظهار لا ترتفع الا بالكفارة والثابتة بالايلاء ترتفع بدونها وهو الحنث وغير ذلك من الوجوه الدالة على ذلك على ما هو المذكور في النهاية وغيرها وعند محمد رحمه الله ظهار لان كاف التشبيه تختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى به ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين فحسب لانه لما صرح بالحرمة لم يبق كلامه محتملا للكرامة كما في المسئلة الاولى ووجهها ظاهر وان لم تكن له نية فعلى قول ابي يوسف رحمه الله ايلاء وعلى قول محمد رحمه الله ظهار والوجهان بيناهما يعني قوله ليكون الثابت ادنى الحرمتين وقوله لان كاف التشبيه تختص به وان قال انت علي حرام كظهر امي ونوى به طلاقا او ايلاء لا يكون الا ظهارا عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا لم ينو شيئا كذا في المبسوط وقالا هو على ما نوى ان نوى ظهارا فظهار وان نوى طلاقا فطلاق

فطلاق وان نوى ايلاء فايلاء كذا ذكره الصدر الشهيد والامام العتابي رحمهما الله في شرحهما للجامع الصغير لان التحريم محتمل ونية المحتمل صحيحة غير ان عند محمد رحمه الله اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف رحمه الله يكونان جميعا يعني يقع الطلاق بنيته ويكون مظاهرا بالتصريح بالظهار ولا يصدق في صرف الكلام عن ظاهره قضاء بمنزلة قوله زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لي امرأة اخرى واياها عنيت يقع الطلاق على تلك بنيته وعلى هذه المعروفة بالظاهر وضعفه شمس الائمة السرخسي رحمه الله بان الطلاق ان وقع بقوله انت علي حرام كان متكلما بلفظ الظهار بعد ما بانت والظهار بعد البينونة لا يصح وان قال الظهار مع الطلاق يثبت بقوله انت علي حرام قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين واجاب الامام ظهير الدين رحمه الله عن هذا فقال يصح ظهار المبانة على قوله وكان هذا رواية منه على صحة ظهار المبانة وان هذا الكلام صريح في الظهار ولهذا لو لم تكن له نية يكون ظهارا فلا يصدق في ابطال حكم الظهار ويصدق في ارادة الطلاق لاعترافه وقوله وقد عرف في موضعه يعني مبسوط شمس الائمة رحمه الله ولابي حنيفة رحمه الله ان قوله انت علي حرام كظهر امي صريح في الظهار ولهذا لا يحتاج في الدلالة عليه الى النية فلا يحتمل غيره من الطلاق والايلاء ثم هو محكم لعدم احتمال الغير وقوله انت علي حرام يحتمل تحريم الطلاق وغيره كما مر فيرد التحريم اليه اي الى الظهار كما هو الاصل في رد المحتمل الى المحكم ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ولان الحل في المملوكة تابع بدليل انه لو اشترى امة فوجدها محرمة عليه برضاع او مصاهرة لم يثبت للمشتري ولاية الرد بسبب الحرمة فلا تكون الامة في معنى المنكوحة حتى تلحق بها ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة وعورض بان الامة محل للظهار بقاء فيجب ان تكون محلا ابتداء كما لو ظاهر

من امراته وهي امة ثم اشتراها فانه يبقى حكم الظهار ومايرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح والجواب بان بناء الظهار فيما ذكرت ليس باعتبار انها محل للظهار بقاء وانما هو باعتبار ان حرمة الظهار اذا صادفت المحل لا تزول الا بالكفارة وههنا قد صادفت محلا فيبقى الى ان يوجد الكفارة فهي بمنزلة الحرمة الثابتة بالطلاق فانها اذا طلقت ثنتين لم تحل بعد ذلك بسبب مالم تتزوج بزوج آخر فان تزوج امرأة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادق في التشبيه وقت التصرف لكونها محرمة قبل اجازتها فلم يوجد ركن الظهار وهو تشبيه المحللة بالمحرمة فلم يكن منكرا من القول والظهار منكر من القول **قوله** فالظهار ليس بحق من حقوقه اي حقوق النكاح جواب سؤال تقريره الظهار مبني على الملك والملك موقوف فينبغي ان يكون الظهار موقوفا على الاجازة توقف اعتاق المشتري من الغاصب على اجازة المغصوب منه البيع الصادر من الغاصب وتقرير الجواب ان الظهار ليس من حقوق النكاح ولوازمه فلا يلزم من توقف النكاح على الاجازة توقف الظهار عليها والدليل على انه ليس من حقوقه ان النكاح امر مشروع والظهار ليس بمشروع لانه منكر من القول وما لا يكون مشروعا لا يكون من حقوق المشروع بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه اي الاعتاق من حقوق الملك لكونه منهيا للملك ومتمماله ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا وكلامه فيه واضح وقوله بخلاف الايلاء منهن يعني بان يقول لهن والله لا اقربكن فانه اذا لم يقربهن حتى مضت اربعة اشهر طلقن جميعا وان قرب الكل قبل مضي المدة تجب عليه كفارة واحدة لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم والله اعلم *

فصل

فصل في الكفارة

لما ذكر حكم الظهار وهو حرمة الوطئ ودواعيه الى نهاية ذكر في هذا الفصل ماينهي تلك الحرمة وهو الكفارة وسببها الظهار والعود جميعا فان الله تعالى عطف العود على الظهار في بيان سبب الكفارة ثم رتب الحكم عليهما بالفاء وانما كان ذلك والله اعلم لان الظهار منكر من القول وزورا وليس فيه جهة اباحة فلا يصلح ان يكون سببا للكفارة لان سببها لابد وان يكون امرا دائرا بين الحظر والاباحة على ما عرف في الاصول فضم الى ذلك العود عما قال لكونه نقيض المنكر وهو حسن ومع ذلك فليس بسبب مستقل بها حتى لو عاد بالعزم على الوطئ ثم ابانها او ماتت لزمته الكفارة ولو عاد ثم بدا له ان لايطأها سقطت فان قيل لو كان للعود مدخل في السببية لما جاز اداء الكفارة بعد الظهار قبل العود حقيقة لان تقدم الحكم على السبب لايجوز وهو جائز فالجواب ان المراد بالعود حقيقة ان كان الفعل فهو ليس بسبب وان كان هو العزم فلا نسلم جواز تقديم الكفارة عليه نعم يجب تقديم الكفارة على الفعل لانها شرعت انهاء للحرمة الثابتة بالظهار ولايمكن ايقاع الفعل حلالا الا بعد انتهاء الحرمة بالكفارة فوجب التعجيل على الفعل ليكون الفعل واقعا بصفة الحل بعد انتهاء الحرمة وعلى ذلك يدل النص الموجب للكفارة وما في الكتاب ظاهر والمراد بقوله عتق رقبة اعتاق رقبة فان العتق قد لاينوب عن الكفارة الا يرى انه لو ورث اباه ونوى الكفارة لايخرج عن عهدتها وقوله من كل وجه متعلق بالمرقوق دون المملوك لان الكمال في الرق شرط دون الملك ولهذا لو اعتق المكاتب الذي لم يؤد شيئا صح عن الكفارة ولو اعتق المدبر عنها لم يصح واعترض على المصنف رحمه الله بوجهين احدهما انه لايسمع عن ائمة اللغة رقه حتى يشتق منه المرقوق وانما يقال رق فلان اذا صار رقيقا اي عبدا واجيب عنه بان الازهري حكى عن ابن السكيت انه جاء عبد مرقوق وكلاهما ثقة

والثاني ان تذكير الذات لا يجوز فالصواب ذات مرقوقة مملوكة واجيب بان الذات تستعمل استعمال النفس والشيء فتذكير الذات باعتبار المعنى الثاني وقوله والشافعي رحمه الله يخالفنا اي لا يجوز اعتاق الرقبة الكافرة فی الكفارة لان الكفارة حق الله تعالى وحق الله تعالى لا يجوز صرفه الى عدو الله كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقوله وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة جواب عن قوله الكفارة حق الله تعالى وتقريره ان قصد المكفر بالاعتاق هو ان يتمكن المعتق من الطاعة بخلوصه من خدمة المولى ثم مقارنة المعصية اي بقاؤه على ما كان عليه من الكفر يحال به الى سوء اعتقاده واختياره ولقائل ان يقول مقارنة المعصية يحال به الى سوء اختياره لكن لم لا يكون تصور ذلك منه مانعا عن الصرف اليه كما فی الزكوة والجواب ان القياس جواز صرف الزكوة اليه ايضا لان فيه مواساة عباد الله تعالى لكن قوله صلى الله عليه وسلم خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم اخرجهم من المصرف **قوله** ولا تجزی العمياء اي لا تجوز اعتاق الرقبة العمياء ذكرا كان او انثى وكلامه ظاهر والضابطة في تخريج ما يجوز به الاعتاق عن الكفارة وما لا يجوز هو انه متى اعتق رقبة كاملة الرق في ملكه مقرونا بنية الكفارة وجنس ما ينبغي به من المنافع فيها قائم بلا بدل جاز عنها وان لم يكن كذلك لم يجز فقوله رقبة احتراز عما اذا اعتق نصف رقبة فجامعها ثم اعتق النصف الآخر لم يجز وان اعتق النصف الآخر قبل الجماع جاز وقوله كاملة الرق احتراز عن المدبر كما تقدم وقوله مقرونا بنية الكفارة احتراز عما اذا اعتق عبده ولم ينو عن الكفارة فانه لا يقع عنها وان نوى عنها بعد الاعتاق لا يجوز ايضا وقوله وجنس ما ينبغي من المنافع فيها قائم احتراز عن مقطوع اليدين او الرجلين وما يماثل ذلك وقوله بلا بدل احتراز عما اذا اعتق عبده على بدل فانه لا يقع عن الكفارة وانما كان فوت جنس المنفعة مانعا لان الشخص يصير في ذلك الجنس كالهالك فان قيام الشخص بمنا[illegible] وقوله ولا يجوز الاصم واضح وقوله لان قوة البطش بهما يفيد ان ما تزول به تلك

تلك القوة كان مانعا فقطع اكثرا صابع كل يد كقطع جميعها وقوله والذي يجن ويفيق يجزيه
يعني اذا اعتقه في حال افاقة ولا يجزي عتق المدبر وام الولد لان المنصوص عليه تحرير
رقبة مطلقة والمطلق ينصرف الى الكامل ورقبة المدبر وام الولد ليست بكاملة لاستحقاقهما
جهة الحرية فكان الرق فيهما ناقصا فانه اذا ثبت فيه شيء من القوة الحكمية زال في مقابلته
شيء من الضعف الحكمي وقوله فاشبه المدبر استدلال بما لا يقول به فان بيع المدبر
واعتاقه عن الكفارة عند الشافعي رحمه الله جائز فكان هذا احتجاجا علينا بمذهبنا وقوله
على ما بينا اشارة الى قوله ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ وقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد
ما بقي عليه درهم رواه عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم
وقوله والكتابة لا تنافيه دليل آخر وتقريره المكاتب رقيق قبل الكتابة لا محالة ولم تزل
رقيته بها لان الشيء لا يزول الا بما ينافيه والكتابة لا تنافي الرق فانه اي عقد الكتابة اوذكره
باعتبار الخبر فك الحجر اذ لم يملك به المكاتب الا المنافع والاكساب كالاعارة والاجارة
وفك الحجر لا ينافي ملك الرقبة كالاذن في التجارة فان قيل لو كانت الكتابة فك الحجر
بمنزلة الاذن في التجارة لاستبد المولى بالفسخ كما في عزل المأذون اجاب بقوله الا انه
اي عقد الكتابة فك الحجر بعوض فكان لازما من جانبه اي جانب المولى وقوله
ولو كان مانعا جواب بطريق التنزل يعني لو سلمنا ان عقد الكتابة مانع عن اعتاق
كفارته لكنه اذا اعتقه عن الكفارة ينفسخ قبل الاعتاق بمقتضى الاعتاق اذ هو اي عقد
الكتابة يحتمل الفسخ فان قيل لو صح اعتاقه تكفيرا وانفسخ عقد الكتابة بمقتضى الاعتاق
لسلم الاولاد والاكساب للمولى كما اذا اعتق عبده المأذون بجهة التكفير وله اكساب
اجاب بقوله الا انه يسلم له اي المكاتب الاكساب والاولاد لان العتق في حق المحل
يعني المكاتب بجهة الكتابة واذا كان كذلك لا يخرج الاكساب والاولاد عن ملكه
كما لو عتق باداء بدل الكتابة وهذا لان الفسخ لا يصح الا برضاء المكاتب ولم يوجد منه

صريحا فيقدر دلالة والدلالة انما تتحقق اذا سلمت له الاكساب والاولاد فجعل العتق بجهة الكتابة لانه لايختلف لافي ذاته ولا باختلاف الجهات وجعل الاعتاق للتكفير لان المولى قصده وهو يختلف باختلاف الجهات نظرا للجانبين اولان الفسخ يثبت ضرورة صحة الاعتاق فلا يظهر في حق الاولاد والاكساب وقوله وان اشترى اباه اوابنه واضح وقوله بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا يعني انه لايجوز عن الكفارة بالاتفاق فان قيل يجب ان يقع عن الكفارة عندهما وان كان المعتق معسرا لانه يصير حرا مديونا بناء على ان الاعتاق عندهما لايتجزى اجيب بانه لم يجز لان وجوب هذا الدين بسبب الاعتاق فلا يكون هذا العتق مجانا فلا يقع عن الكفارة ولابي حنيفة رحمه الله ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه لتعذر استدامة الملك فيه ثم يتحول اليه اى الى المعتق بالضمان مابقي منه فكان في المعنى اعتاق عبد الاشيئا ومثله يمنع الكفارة فان قيل المضمونات تملك باداء الضمان بصفة الاستناد الى زمان وجود السبب فصار نصيب الساكت ملك المعتق زمان الاعتاق فكان النقصان في ملكه لافي ملك شريكه ومثله لايمنع الكفارة على مانذكره فيما يليه اجيب بان الملك فى المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون له لافي حق غيرهما على ماعرف في كتاب الغصب من الزيادات والكفارة غيرهما فلا يثبت الملك في حقها مستندا ويلزم منه النقصان المانع فان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز لانه اعتقه بكلامين ولا محذور فيه فان قيل قد تمكن فيه النقصان لما مر والنقصان مانع اجاب بقوله والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة فانه اعتق النصف وبعض النصف الآخر ثم اعتق مابقي ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها فان النقصان لما حصل بفعل التضحية لم يمنع فكذلك النقصان الحاصل بفعل الكفارة بخلاف ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك حيث لايمكن ان يجعل النقصان الحاصل فى النصف الباقي مصروفا الى الكفارة

الى الكفارة لانعدام الملك له في ذلك النصف فيبطل قدر النقصان ولم يقع عن الكفارة فاذا ضمن قيمة النصف الباقي واعتقه فقد صرفه الى الكفارة وهو ناقص فصار في الحاصل كانه اعتق عبدا الا قدر النقصان وقوله وهذا اي جعله اعتاقا بكلامين على اصل ابي حنيفة رحمه الله في تجزي الاعتاق واما عندهما فالاعتاق لايتجزى فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين وعلى هذا مبنى المسئلة التي تليها وهي ظاهرة الا انه اعترض على قوله واعتاق النصف حصل بعده بانه اي اعتاق وجد بعد هذا وان كان كاملا فهو اعتاق بعد المسيس فينبغي ان لا يجوز من الكفارة واجيب بانه انما يجوز لانه اعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثاني فصار اعتاق نصف العبد كأن لم يكن فكأنه قد جامع قبل الكفارة فيجب ان لا يعاود حتى يكفر وقد تقدم ذلك **قوله** واذا لم يجد المظاهر ما يعتق اذا لم يجد المظاهر رقبة ولا ثمنها يصوم شهرين متتابعين فان صام بالاهلة جاز وان كان كل شهر تسعة وعشرين فان صام بغير الاهلة فافطر لتمام تسعة وخمسين يوما فعليه ان يستقبل وكذا اذ دخل في صيامه شهر رمضان او يوم الفطر او يوم النحر او ايام التشريق لما ذكره في الكتاب وهو واضح فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استأنف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يستأنف وانما قيد بالتي ظاهر منها لانه اذا جامع غيرها فان كان وطئا يفسد الصوم كالجماع بالنهار عامدا قطع التتابع فيلزمه الاستيناف بالاتفاق وان لم يفسده بان وطئها بالنهار ناسيا او بالليل كيف ماكان لم يقطع التتابع فلا يلزمه الاستيناف بالاتفاق وانما قيد في جماع التي ظاهر منها بالنهار ناسيا لانه اذا جامعها فيه عامدا يستأنف بالاتفاق واما ذكر العمد فيه بالليل فقد وقع اتفاقا لان العمد والنسيان في الوطئ بالليل سواء فعرف ان الاختلاف في وطئ لا يفسد الصوم لابي يوسف رحمه الله ان هذا وطئ لا يفسد به الصوم فلا يقطع التتابع لانه لم يزل صائما وهو الشرط اي التتابع هو الشرط في كون

الصوم كفارة وقد وجد فان قيل تقديم الصوم على المسيس شرط ولم يوجد اجاب بقوله وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم يعني الاستيناف تاخير الكل عنه وتاخير البعض اهون من تاخير الكل ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عن المسيس ضرورة بالنص وهذا يحتمل وجهين احدهما ان يكون معناه ان النص يقتضي شرطين كون الصوم قبل المسيس وكون الصوم خاليا عن المسيس والشرط الثاني من ضرورة الاول لان تقديمه على المسيس يستلزم خلو الصوم عنه وهذا الشرط اي الشرط الثاني وهو الخلو عنه ينعدم به اي بالمسيس فينعدم المشروط ويجب الاستيناف لانه ان عجز عن الاتيان به قبل المسيس فهو قادر على الاتيان به خاليا عن المسيس والى هذا يشير كلام عامة الشارحين والثاني ان يقال قوله وان يكون خاليا عنه ضرورة تفسير الاول بطريق العطف لان ايقاعه قبل المسيس اخلاؤه عنه بالضرورة وبتخلل الجماع عدم الشرط وصار الصوم كأن لم يكن وقد جامع النبي ظاهر منها قبل الكفارة والحكم في ذلك الاستغفار وترك العود الى اداء الكفارة فيلزمه الاستيناف وهذا اولى لاشتماله على الجواب عن قوله وان كان تقديمه على المسيس شرطا الى آخره والجواب عن قوله انه لا يفسد به الصوم فلا يقطع التتابع هو ان عدم الفساد في النسيان ثبت بالنص على خلاف القياس فلا يتعدى الى عدم قطع التتابع وفي العمد لعدم القائل بالفصل وان افطر يوما منها بعذر كسفر او مرض او بغير عذر استأنف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة وهذا احتراز عما اذا افطرت المرأة في كفارة القتل والافطار بعذر الحيض فانها لا تستأنف لانها معذورة عادة لا تجد شهرين متتابعين لاحيض فيهما فلو صام المظاهر شهرين متتابعين ثم قدر على الاعتاق في آخر يوم من الشهرين فان كان قبل غروب الشمس وجب عليه العتق وصار صومه تطوعا لاقتداره على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل وان كان بعد

بعد الغروب كان الصوم عن كفارته وقوله وان ظاهر العبد ظاهر وقوله او قيمة ذلك
اي من غير الاعداد المنصوصة مطلقا واما فى الاعداد المنصوصة فلا يجوز اداؤها قيمة
اذا كانت اقل قدرا مما قدره الشرع وان كان اكثر من الآخر ومثله قيمة حتى لو ادى
نصف صاع من تمر جيد يبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز فكذا لو ادى اقل من نصف
صاع حنطة يبلغ قيمته صاعا من تمر او شعير لا يجوز والاصل فيه ان كل جنس هو منصوص عليه
من الطعام لا يكون بدلا عن جنس آخر هو منصوص عليه وان كان فى القيمة اكثر لانه
لا اعتبار لمعنى النص فى المنصوص عليه وانما الاعتبار له في غيره وقوله في حديث اوس
بن الصامت هو اخو عبادة بن الصامت واوس هو زوج خولة بنت ثعلبة وهي المجادلة
التي نزلت فيها آية الظهار وقد تقدم واما سهل بن صخر فقد قيل فيه نظر لان المذكور
في كتب الحديث سلمة بن صخر وكذا فى المبسوط وذكر فى المغرب سلمة بن صخر
البياضي وما ذكره المصنف رحمه الله موافق لما اورده الامام المستغفري في معرفة الصحابة
رضي الله عنهم قال سهل بن صخرة الليثي وقوله فيعتبر بصدقة الفطر يعني فى المقدار ولكن
بينهما فرق من وجه آخر وهو ان التفريق ههنا بان يعطي فقيرا منا من حنطة ومنا آخر فقيرا
آخر لا يجوز لان الواجب اطعام ستين مسكينا فكان العدد معتبرا كالمقدار ومتى فرق
لم يوجد الاطعام المعتاد للمساكين واما في صدقة الفطر فالمعتبر فيها القدر دون العدد لكونه
مسكوتا عنه فيكون التفريق جائزا وقوله او قيمة ذلك ظاهر وقوله لحصول المقصود اذ
الجنس متحد يعني من حيث الاطعام وسد الجوعة لان المقصود من البر والتمر والشعير
الاطعام فيجوز تكميل احدهما بالآخر واما اذا اختلف الجنس كما اذا اطعم خمسة
مساكين في كفارة اليمين بطريق الاباحة وكسى خمسة والكسوة ارخص من الطعام
فلم تجز لما ان المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام الا يرى ان الاباحة في كفارة اليمين
بطريق الاباحة في احدهما يجوز دون الآخر واستشكل بما اذا اعتق نصف رقبتين بان كان

بينه وبين شريكه عبد ان فاعتق نصيبه منهما عن الكفارة لا يجوز عنها وان اتحد الجنس من حيث الاعتاق واجيب بانه انما لا يجوز لان نصف الرقبتين ليس برقبة والشركة في كل رقبة تمنع التكفير بها وقوله وان امرغيره ان يطعم عنه من ظهاره ظاهر وقوله فان غداهم وعشاهم بكلمة الواو لا باو لان التغدية وحدها او التعشية وحدها لا تجزي قال في المبسوط المعتبر في التمكين اكلتان مشبعتان اما الغداء والعشاء واما غداءان او عشاءان لكل مسكين فان المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء وفي المجرد عن ابي حنيفة رحمه الله اذا غدا ستين وعشا ستين آخرين لا يجوز وقوله قليلا اكلوا او كثيرا يعني ان المعتبر هو الشبع لا المقدار وان كان احدهم شبعان اختلف المشائخ رحمهم الله فيه فمنهم من قال بجوازه لانه وجد اطعام العدد المعين وقد شبعوا ومنهم من قال لا يجوز لان المأخوذ عليه اشباع الستين وهو ما اشبعهم وقوله وقال الشافعي رحمه الله متصل بقوله فان غداهم وعشاهم وهو لا يجوز في الكفارة الا التمليك قياسا على الزكوٰة وصدقة الفطر وهذا اي عدم جواز الاباحة لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب الاباحة منابه ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم لانه جعل الغير طاعما وفي الاباحة ذلك اي التمكين كما في التمليك فيتأدى الواجب بكل واحد منهما اما بالتمكين فلمراعاة عين النص واما بالتمليك فلاشتماله على المنصوص عليه لانه اذا ملكه منه فاما ان يطعمه او يصرفه الى حاجة اخرى فلذلك يقام التمليك مقام المنصوص عليه اما الواجب في الزكوٰة فهو الايتاء لقوله تعالى وَآتُوا الزَّكٰوةَ وفي صدقة الفطر الاداء لقوله صلى الله عليه وسلم ادوا عمن تمونون وهما للتمليك حقيقة وقوله ولو كان فيمن عشاهم صبي ظاهر وقوله وهذا اشارة الى قوله لم يجزه الا عن يومه يعني اذا دفع لمسكين واحد في يوم واحد ستين مرة بطريق الاباحة فلا خلاف لاحد في عدم جوازه واما اذا كان بطريق التمليك فقد اختلف المشائخ رحمهم الله فيه فقال بعضهم لا يجوز لان المقصود سد الخلة ولهذا لا يجوز الصرف

الصرف الى الغني وبعد ما استوفى وظيفة اليوم لا حاجة الى سد الخلة بصرف وظيفة
اخرى بخلاف كفارة اخرى لان المستوفى في حكم تلك الكفارة كالمعدوم ولا يمكن
ان يجعل مثله في هذه الكفارة وقد ذكرناه في التقرير باتم من هذا وقد قيل يجزيه لان الحاجة
الى التمليك كثيرة فيجدد في يوم واحد فاذا فرق بدفعات في يوم واحد جاز كما في الايام
بخلاف حاجة الاباحة بالاطعام فانه اذا استوفى حاجته منها في يوم ينتهي حاجته الى
الطعام ولا يتجدد الا بتجدد الايام وبخلاف ما اذا دفع دفعة واحدة لان التفريق واجب
بالنص وهو قوله فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ولم يوجد لا حقيقة ولا تقديرا فلا يجوز كالحاج اذا رمى
الحصيات السبع دفعة واحدة وقوله وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام واضح
وقوله والمنع لمعنى في غيره يعني توهم القدرة على الاعتاق لا يعدم المشروعية في نفسه
كالبيع وقت النداء والصلوة في الاوقات المكروهة **قوله** واذا اطعم عن ظهارين واذا اطعم
المظاهر عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزه الا عن واحد منهما
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجزيه عنهما وان اطعم
ذلك عن افطار وظهار اجزاه عنهما بالاتفاق له ان بالمؤدى وفاء بهما اذ الواجب عن
كل ظهار لكل مسكين نصف صاع من بر ففي الصاع وفاء بهما لا محالة والمصروف اليه
محل لهما لان الفقير لا يخرج باخذ احد الحقين عن كونه مصرفا لبقاء الخلة والنية معينة
فيقع عنهما كما لو اختلف السبب يعني اطعم ذلك عن افطار وظهار او فرق في الدفع *
ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو لان النية للتمييز بين الاجناس المختلفة والفرض
عدمها فلغت النية واذا لغت والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى
المقادير والمقادير تمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة فانه
يقع عن احدهما بالاتفاق بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم
مسكين آخر وفيه بحث من وجهين احدهما ان كل ظهار وجب بسبب على حدة فكانا

بمنزلة جنسين مختلفين فينبغي ان يقع عنهما والثاني انه لو اعتق عبدا عن احد الظهارين بعينه صحت نية التعيين ولم تلغ وان كان الجنس واحدا ولهذا حل وطئ اللتي عينها واجيب عن الاول بان النية معتبرة في الجنسين لا فيما كان بمنزلة الجنسين وهو جنس واحد وعن الثاني بان اعتاق الرقبة يصلح كفارة عن احد الظهارين قدرا ومحلا فصحت نيته فاما اطعام ستين مسكينا كل مسكين صاعا فان صلح عن الظهارين قدرا لم يصلح لهما محلا لان محلهما مائة وعشرون مسكينا عند عدم التفريق فاذا زاد في الوظيفة ونقص عن المحل وجب ان يعتبر قدر المحل احتياطا كما لو اعطى ثلثين مسكينا كل واحد صاعا وقوله ومن وجبت عليه كفارتا ظهار ظاهر وقوله كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء جواب الاستحسان والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لخروج الامر من يده بان اعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر رحمه الله لا يجزيه عن احدهما في الفصلين يعني في متحد الجنس ومختلفه وقال الشافعي رحمه الله له ان يجعل عن ايهما شاء في الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود وهو الستر جنس واحد والنية في الجنس الواحد غير مفيدة فبقيت نية اصل الكفارة ولو نوى اصل الكفارة كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء فكذا هذا ووجه قول زفر رحمه الله انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد فليس له ان يجعل عن احدهما لخروج الامر من يده * ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد لغو وقيل معناه نوى التوزيع في الجنس الواحد فكانت لغوا واذا لغت صار كانه اعتق رقبة عن الظهارين ولم ينو عنهما وذلك جائز وله ان يصرفها الى ايهما شاء فكذلك ههنا بخلاف ما اذا كانت الكفارتان من جنسين مختلفين لانه نوى التوزيع في الجنس المختلف فكانت معتبرة فلا يكون عن واحد منهما فان قيل لا نسلم اختلاف الجنس فان الحكم وهو الكفارة بالاعتاق في القتل والظهار واحد اجاب بقوله واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة وههنا باختلاف السبب فان القتل يخالف الظهار لا محالة واختلاف

واختلاف السبب يدل على اختلاف الحكم لان الحكم ملزوم السبب واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات ولما اختلف الجنس صحت النية فكان اعتاق رقبة واحدة عن كفارتين مختلفتين فيكون لكل منهما نصف الرقبة فلا يجوز ثم نظر المصنف رحمه الله لكل واحد من الجنس المتحد والمختلف بما ذكره في الفوائد الظهيرية فقال نظير الاول يعني الجنس المتحد اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد بناء على ما ذكرنا من الغاء نية التوزيع وبناء اصل النية اذ الجنس متحد ونظير الثاني يعني الجنس المختلف اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لابد فيه من التمييز فان نوى من الليل ان يصوم غدا عنهما كانت النية معتبرة فلا يصير صائما اذ الجنس مختلف واعترض على هذا بما اذا نوى عن قضاء ظهارين عليه فان الجنس متحد وتعيين النية لابد منه والا لا يقع عن واحد منهما واجيب بانا لا نسلم اتحاد الجنس لانه مختلف باختلاف الخطاب والسبب فان لكل واحد منهما سببا وخطابا على حدة بخلاف الصوم فان الجميع ثابت بخطاب فليصمه من اول الشهر الى آخره والله اعلم بالصواب *

باب اللعان

قد تقدم وجه المناسبة في اول الظهار واللعان في اللغة الطرد والابعاد يقال لاعنه ملاعنة ولعانا ثم لقب الباب باللعان دون الغضب وان كان فيه الغضب ايضا لان اللعن من جانب الرجل وهو مقدم وفي الشريعة شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعن والغضب وسببه قذف الرجل امراته قذفا يوجب الحد في الاجنبية وشرطه النكاح حتى لو طلقها بعد القذف لا يجرى اللعان بينهما وركنه الشهادات المخصوصة التي تجري بكلمات معروفة بين الزوجين وحكمه حرمة الوطئ والاستمتاع كما فرغ من اللعان

قوله واذا قذف الرجل امرأته بالزنا اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادات

اي من اهل ادائها ولهذا لا يجري بين المملوكين والمرأة ممن يحد قاذفها حتى لو لم تكن من ذلك بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها او كان لها ولد مجهول النسب لا يجري بينهما او نفي نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان فان قيل اللعان يجري بين الاعميين وفاسقين وليسا من اهل الشهادة وتخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها غير مفيد لكونه شرطا في جانب الرجل ايضا حتى لو كان ممن لا يحد قاذفه فلا يجري وان كانت ممن يحد قاذفها واجيب عن الاول بانهما من اهل الشهادة حتى لو حكم الحاكم بشهادتهم جاز كذا في شرح الطحاوي والجامع الصغير لقاضيخان وعن الثاني بانه انما شرط كونها ممن يحد قاذفها لئلا يخلو القذف عن ايجاب حكم فانها اذا لم تكن كذلك لم يلزم للرجل حد ولا لعان لان اللعان قائم في حقه مقام حد القذف وهو يقتضي احصانها بخلاف ما اذا لم يكن الرجل ممن يحد قاذفه وقذف فانه يحد حد القذف فلم يخل القذف عن ايجاب حكم قوله والاصل اعلم ان موجب قذف الرجل زوجته كان حد القذف في الابتداء كما في الاجنبية لعموم قوله تعالى وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الآية ولما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه قال كنا جلوسا في المسجد ليلة الجمعة اذ دخل الانصاري فقال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ارأيتم الرجل يجد مع امرأته رجلا فان قتل قتلتموه وان تكلم جلدتموه وان سكت سكت على غيظ قال اللهم افتح فنزلت آية اللعان ولانه صلى الله عليه وسلم قال لهلال بن امية حين قذف امرأته بشريك بن سحماء ايت باربعة من الشهداء يشهدون على صدق مقالتك والا فجلدته على ظهر فقالت الصحابة رضي الله عنهم الآن يجلد هلال بن امية فتبطل شهادته في المسلمين فثبت ان موجب القذف في الزوج كان الحد ثم انتسخ ذلك باللعان فنظرنا في آية اللعان فوجدناها دالة على ان الاصل في اللعان ان تكون شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حق الرجل ومقام حد الزنا في حقها لان الله تعالى قال وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ

وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ ووجه الاستدلال ان الله تعالى استثنى الازواج من الشهداء والاصل فى الاستثناء ان يكون من الجنس ولا شهداء الا بالشهادة ولا شهادة فيما نحن فيه الا كلمات اللعان فدل انها شهادات اكدت بالايمان نفيا للتهمة قال الله تعالى فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللّٰهِ نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادات المؤكدة بالايمان ثم قرن الركن في جانبه باللعن لوكان كاذبا تاكيدا وهو قائم في حقه مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب لانهن يستعملن اللعن في كلامهن كثيرا على ما ورد به الحديث انكن تكثرن اللعن وتكفرن العشير وسقطت حرمة اللعن عن اعينهن فعساهن يجترين على الاقدام لكثرة جري اللعن على السنتهن وسقوط وقعته عن قلوبهن فقرن الركن في جانبها بالغضب ردعا لهن عن الاقدام فان قيل ما معنى اقامة الشهادة مقام الحد فى الطرفين وما المناسبة بين الحد والشهادة اجيب بان الحد زاجر والشهادة بالله كذبا مقرونا باللعن على نفسه سبب الهلاك وفي ذلك زجر عن الاقدام على سببه فان قيل لوكان اللعان قائما في حقه مقام حد القذف يجري كجريانه فى الاتحاد والتعدد وليس كذلك فان من قذف اربع نسوة في كلمة واحدة اوفي كلام متفرق فعليه ان يلاعن كل واحدة منهن على حدة وان قذف اجنبيات فانه يقام عليه حد القذف لهن مرة واحدة اجيب بان اللعان قائم في حقه مقام حد القذف بقذف امرأته لا مطلقا لانه صار بدلا عما كان يلزمه فى الابتداء بقذفها فلا يرد عليه الاجنبيات على ان ذلك الاختلاف لاختلاف المقصود فان المقصود هناك دفع عار الزنا عنهن وذلك يحصل باقامة حد واحد وههنا لا يحصل المقصود بلعان واحد لتعذر الجمع بينهن بكلمات اللعان فقد يكون صادقا في حق بعض دون بعض والمقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك بلعان بعضهن فيلاعن كلا منهن على حدة حتى لوكان محدودا في قذف كان عليه لهن حد واحد لان موجب قذفهن الحد حينئذ والمقصود يحصل بحد واحد كما

في الاجنبيات وانما قيد بقوله عندنا لان عند الشافعي رحمه الله اللعان انما يكون ايمان مؤكدات بالشهادة فمن كان اهل اليمين كان اهل اللعان **قوله** اذا ثبت هذا نقول يعني اذا ثبت ان الاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان نقول لابد ان يكون الملاعن من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولابد ان تكون المرأة ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلابد من الاحصان ويجب لهما ان ينفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها كما اذا نفى اجنبي نسب ولد عن ابيه المعروف فانه يكون قذفا للمرأة فكذلك هذا ولا يعتبر احتمال كون الولد من غيره بالوطئ بشبهة لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه من الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به وقال الشافعي رحمه الله لا يصير بنفي الولد قاذفها مالم يقل وانه من الزنا لجواز ان يكون من الوطئ بشبهة كما لو قال لاجنبية ليس هذا الولد الذي ولدته من زوجك فانه لا يصير قاذفها مالم يقل وانه من الزنا بالاتفاق قال شيخ الاسلام رحمه الله والقياس ما قاله الا انا تركناه للضرورة في اللعان لان الزوج قد يعلم ان الولد ليس منه بان لم يطأها او عزل عنها عزلا بينا ولكن لا يعلم انه بزنا او بوطئ عن شبهة فاكتفي بنفي الولد حتى ينتفي عنه نسب الولد وهذه الضرورة معدومة في حق الاجنبي ويشترط طلبها بموجب القذف لانه حقها لانه باللعان يندفع عار الزنا عنها فلابد من طلبها كسائر الحقوق * فان امتنع الزوج عن اللعان حبسه الحاكم حتى يلاعن ويكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس حتى يأتي بما هو عليه او يكذب نفسه ليرتفع السبب وفي نسخة ليرتفع الشين ومعنى النسخة الاولى ليرتفع السبب اي سبب اللعان اي علته وهو التكاذب لان اللعان انما يجب اذا كذب كل واحد منهما الآخر فيما يدعيه بعد قذف الزوج امرأته بالزنا واما اذا كذب نفسه فلم يبق التكاذب بل وافق المرأة في انها لم تزن ولا يجرى اللعان بعد ذلك واما النسخة

النسخة الاخرى فقيل انها تغيير على زعم ان سبب اللعان لا يرتفع بالاكذاب بل ينقرر الا يرى انه يجب عليه الحد بالاكذاب وهو الاصل فى القذف لكن يرتفع الشين بالتكاذب ومن الناس من قال اراد بالسبب الشرط لان التكاذب شرط اللعان قيل قوله وهو قادر على ايفائه احتراز عن المديون المفلس فان الدين حق مستحق عليه لكنه غير قادر على ايفائه فلا يحبس ولولا عن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص وهو قوله تعالى فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللّٰهِ وقوله الا انه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعي بناء على ان اللعان شهادات والمطالب بها هو المدعي والاستثناء بمعني لكن كانه استشعران يقال المتلو من النص لا يدل على المبتدأ به فقال الا انه يبتدأ وقوله فان امتنعت ظاهر واذا كان الزوج عبدا او كافرا بان كانا كافرين فاسلمت المرأة وقذفها الزوج قبل ان يعرض عليه الاسلام او محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته لانه ليس من اهل الشهادة فيصار الى الموجب الاصلي وهو حد القذف الثابت بقوله تعالى وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الآية فانه كان هو المشروع اولا ثم صار اللعان خلفا عنه في قذف الزوج عند وجود الشرط فاذا عدمت صير الى الاصل وقوله وان كان هو من اهل الشهادة وهو ظاهر وقوله والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم اربعة لا لعان بينهن وبين ازواجهن اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك قيل هذا الحديث لم يوجد له اصل في كتب الحديث ولكن ابابكر الرازي رحمه الله ذكره في شرحه لمختصر الطحاوي رحمه الله باسناده عن عبد الباقي الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قيل كفى بابي بكر الرازي رحمه الله لعدالته وفقهه وضبطه مقتدىً ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان بمعنى من جهته وهو كونه ليس من اهل الشهادة فان قيل هلا اعتبر جانبها وهي ايضا محدودة في القذف درأ للحد اجيب بان المانع

عن الشيء انما يعتبر مانعا اذا وجد المقتضي لانه عبارة عما ينتفي به الحكم مع قيام مقتضيه واذا لم يكن الزوج اهلا للشهادة لم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فلا يعتبر المانع والقذف في نفسه موجب للحد فيحد بخلاف ما اذا وجد الاهلية من جانبه فانه ينعقد قذفه مقتضيا له فاذا ظهر عدم اهليتها بكونها محدودة في قذف بطل المقتضي فلا يجب الحد لانه لم ينعقد بل انعقد اللعان ولا لعان لبطلانه بالمانع ونوقض بما لو قذف عبد امرأته وهي مملوكة او مكاتبة فانه لا حد عليه ولا لعان وعلى ما ذكرتم يجب عليه الحد لانه ليس من اهل الشهادة فلم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فيجب ان يحد لان القذف يوجبه واجيب بان في العبد شبهة الاهلية لان له شهادة بعد العتق فاعتبرت درأ للحد وليس كذلك المحدود في القذف **قوله** وصفة اللعان ان يبتدأ القاضي صفة اللعان على ما ذكر في الكتاب واضحة وقوله فاذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما يفيد انه لو مات احدهما بعد الفراغ من التلاعن قبل تفريق الحاكم توارثا وقال زفر رحمه الله تقع الفرقة بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث يعني قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نفي الاجتماع بعد التلاعن وهو تنصيص على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن ولنا قوله تعالى فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ووجه الاستدلال ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم وقوله دل عليه اي على ان لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي ولو قال دل عليه ايضا كان اولى فتأمل وقوله وقول ذلك الملاعن يريد عويلس العجلاني فانه قال عند النبي صلى الله عليه وسلم بعد اللعان كذبت عليها ان امسكتها فهي طالق ثلثا ولم ينكر صلى الله عليه وسلم ولو وقعت الفرقة بينهما لانكر رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قيل قد انكر عليه بقوله اذهب فلا سبيل لك عليها اجيب بان ذلك منصرف الى طلب رد المهر فانه روي انه قال ان كنت صادقا فهو لها بما استحللت

استحللت من فرجها وان كنت كاذبا فلا سبيل لك عليها والجواب عن استدلال زفر رحمه الله بالحديث يجيء ثم اذا فرق الحاكم تكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان فعل القاضي انتسب اليه لنيابته عنه كما في العنين وقوله وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما مسئلة مبتدأة وقال ابو يوسف رحمه الله هو اي الثابت باللعان تحريم مؤبد لقوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التابيد وهو ينافي عوده خاطبا ولهما ان الاكذاب اي الاقرار بالكذب رجوع عن الشهادة والرجوع عنها يبطل حكمها ولا منافاة بين نص التابيد والعود خاطبا لان معناه لا يجتمعان ماداما متلاعنين لانهما يكونان متلاعنين اما حقيقة بمباشرتهما اللعان او مجازا باعتبار بقاء حكمه فلم يبق شيء بعد الاكذاب اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه لما اكذب نفسه وجب عليه الحد فبطلت اهلية اللعان واذا بطلت الاهلية ارتفع حكمه فيجتمعان ولو كان القذف بنفي الولد نفى القاضي نسبه من الاب والحقه بامه وصورة اللعان في ذلك ان يأمر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله الى آخره وهو ظاهر وقوله ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد حيث كان القذف به فهو فرعليه اي على الزوج مقصوده فالقضاء بالتفريق يكون متضمنا لنفيه فلا يحتاج الى ان ينفي القاضي نسبه ويلحقه بامه وعن ابي يوسف رحمه الله ان القاضي يفرق بينهما ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب حتى لو لم يقل ذلك لم ينتف النسب عنه لانه اي نفي الولد ينفك عنه اي عن التفريق اذ ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي الولد كما لو مات الولد فانه يفرق بينهما باللعان ولا ينتفي النسب عنه فلابد ان يصرح القاضي بنفي النسب رواه بشر عن ابي يوسف رحمه الله فان عاد الزوج واكذب نفسه بعد اللعان حده القاضي لاقراره بوجوب الحد عليه قال في النهاية هذا اذا لم يطلقها تطليقة بائنة بعد القذف فانه اذا اكذب نفسه بعد القذف والبينونة لا يجب عليه الحد واللعان اما اللعان فلان المقصود باللعان

التفريق بينهما و لا يتأتى به ذلك بعد البينونة فلا معنى للعان بعد فوات المقصود ولا حد عليه لان قذفه كان يوجب اللعان والقذف الواحد لا يوجب الحدين بخلاف مالو اكذب نفسه بعد مالاعنها لان وجوب اللعان هناك باصل القذف والحد بكلمات اللعان فقد نسبها فيها الى الزنا وانتزع معنى الشهادة منها باكذابه نفسه فيكون هذا نظير شهود الزنا اذا رجعوا واما فيما قلنا فلم توجد كلمات اللعان ولهذا لا يحد وان اكذب نفسه فلو قال انت طالق ثلثا يا زانية كان عليه الحد لانها بانت بالتطليقات الثلث وانما قذفها بالزنا بعد البينونة فعليه الحد ولو قال يا زانية انت طالق ثلثا لم يلزمه حد ولا لعان لانه قذفها وهي منكوحة ثم ابانها بالتطليقات وقد بينا انه بعد قذفها اذا ابانها لم يلزمه حد ولا لعان كذا في المبسوط * وقوله وحل له ان يتزوجها تكرار لقوله وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما ويجوز ان يقال ذكر هناك تفريعا ونقل ههنا لفظ القدوري وقوله فكذلك ان قذف غيرها فحد به يعني جاز له ان يتزوجها وقوله لما بينا يريد به قوله لانه لما حد لم يبق اهل اللعان وكذا اذا زنت فحدت له ان يتزوجها لانتفاء اهلية اللعان من جانبها فان قيل لما جرى اللعان بينهما علم انهما زوجان على صفة الاحصان والمرأة والرجل اذا زنيا بعد احصانهما يرجمان فحينئذ كان قوله فحدت معناه رجمت فبعد ذلك اين تبقى محلا للزوج اجيب بان معنى قوله حدت جلدت وتصويرالمسئلة ان يتلاعنا بعد التزوج قبل الدخول ثم انها زنت بعد اللعان وكان حدها الجلد دون الرجم لانها ليست بمحصنة لان من شروط احصان الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد **قوله** واذا قذف امرأته وهي صغيرة اذا قذف الرجل امرأته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان القاذف اجنبيا لعدم احصانها لانه من شرطه البلوغ والعقل فكذا لا يلاعن الزوج لقيام اللعان مقام حد القذف وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم الاهلية لكونه غير مخاطب وقذف

وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان لانه قائم مقام حد القذف وحد القذف لا يثبت الا بالصريح فكذلك اللعان وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهو يقول اشارة الاخرس كعبارة الناطق ولنا ان الاشارة لا تعري عن الشبهة لكونها محتملة والحدود تندرأ بالشبهات واللعان في معنى الحد واذا قال الزوج ليس حملك مني ظاهر والضمير في قوله بقيام الحمل عنده للقذف وقوله والقذف لا يصح تعليقه بالشرط انما كان كذلك لان القذف مما لا يحلف به لافضائه الى بقائه الى زمان وجود الشرط في ذمة الحالف وفي ذلك احتيال لاثبات ما يندرأ بالشبهات فان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا ظاهر وقوله وقد قذفها حاملا روي انه صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت اصيهب اريصح احمش الساقين فهو لهلال وفي رواية احيمر تصيروا ان جاءت به اسود جعدا جماليا فهو لشريك فجاءت به على النعت المكروه فقال صلى الله عليه وسلم لولا الايمان التي سبقت لكان لي ولها شان ولنا ان نفي الولد حكم من احكامه لا يترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله اي قبل انفصال الولد او قبل حصول الولادة فان قيل بل يترتب عليه قبلها كالرد بالعيب والميراث والوصية به وله اجيب بان اللعان في حق الزوج بمنزلة الحد فلا يقام ولا يتقرر مع الشبهة بخلاف الرد بالعيب لانه يثبت مع الشبهات والارث والوصية يتوقفان على انفصال الولد ولا يتقرر في الحال وحاصل الجواب ان قوله الاحكام لا تترتب يراد به بعضها ونفي الولد منها لئلا يلزم اقامة الحد مع قيام الشبهة والحديث اي حديث هلال محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحي بدليل ما روينا انه عليه الصلوة والسلام قال ان جاءت به كذا كان كذا ومثل ذلك لا يعرف الا بطريق الوحي **قوله** واذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة او في الحالة التي يقبل التهنية قال في النهاية على بناء المفعول لا الفاعل لانه لو قبل الاب التهنية ثم نفى لا يصح نفيه وهو ظاهر وقوله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يصح نفيه في مدة النفاس يعني اذا كان حاضرا

ولابي حنيفة رحمه الله انه لا معنى للتقدير بمدة لان الزمان للتأمل لئلا يقع في نفي الولد مجازفا واحوال الناس في ذلك مختلفة فاعتبرنا مايدل عليه اي على عدم النفي وهو قبوله التهنية اوسكوته عند التهنية فان ذلك اقرار منه ان الولد له وكذلك ابتياعه ما يحتاج اليه لاصلاح الولد عادة او مضى ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي واذا وجد منه دليل القبول لا يصح النفي بعده وليس فيما ذكر في الكتاب ذكر مدة معينة كما ترى وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه قدره بسبعة ايام لان في هذه يستعد للعقيقة وانما تكون العقيقة بعد سبعة ايام ولكن هذا ضعيف لان نصب المقدار بالرأي لايجوز وذكر في الشامل انه روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه مقدر بثلثة وذلك في الضعف مثل الاول ولو كان الزوج غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين فيجعل كانها ولدته الآن فله النفي عند ابي حنيفة رحمه الله في مقدار مايقبل فيه التهنية وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم لان النسب لا يلزم الا بعد العلم به فصارت حال القدوم كحال الولادة وقوله واذا ولدت ولدين في بطن واحد ظاهر وقوله والاقرار بالعفة سابق على القذف جواب سؤال تقريره ينبغي ان يجب عليه الحد لانه اكذب نفسه بعد القذف لان الاقرار الاول بثبوت النسب باق بعد نفي الثاني فيعتبر قيام الاقرار بعد القذف بابتداء الاقرار ولو وجد الاقرار بعد النفي ثبت الاكذاب ووجب الحد فكذا ههنا وتقرير الجواب ان الاقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة والاعتبار بالحقيقة فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال وهي زانية ففي ذلك التلاعن ولايكون ذلك اكذابا فكذلك هذا والله اعلم بالصواب *

باب العنين وغيره

لما فرغ من وجوه احكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق ذكر في هذا الباب احكام من به نوع مرض لها تعلق بالنكاح والطلاق لان حكم من به العوارض بعد ذكر

ذكرحكم الاصحاء والعنين هوالذي لا يقدر على اتيان النساء من عنّ اذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل اومن عن اذا عرض لانه يعن يمينا وشمالا ولا فرق بين ان تقوم آلته اولم تقم وبين ان يصل الى الثيب دون البكر اوالى بعض النساء دون بعض وبين ان يكون لمرض به اولضعف في خلقته او لكبر سنه اولسحر اولغير ذلك فانه عنين في حق من لا يصل اليها لفوات المقصود في حقها **قوله** واذا كان الزوج عنينا اجله الحاكم سنة ابتداؤها من وقت الخصومة فان وصل اليها فيها والافرق الحاكم بينهما اذا طلبت المرأة ذلك وهوقول عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وعليه فتوى فقهاء الامصار كابي حنيفة واصحابه رحمهم الله والشافعي واصحابه رحمهم الله ومالك واصحابه رحمهم الله واحمد واصحابه رحمهم الله ولان حقها ثابت في الوطئ ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل ان يكون لآفة اصلية فلابد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة لان العجز قد يكون لفرط رطوبة فيتداوى بما يضاده من اليبوسة اوبالعكس من ذلك وكذلك بقية الطبائع فاذا مضت المدة ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما قيل وينبغي ان يقدر السنة شمسية آخذا بالاحتياط لانه ربما يكون موافقة العلاج في الايام التي يقع التفاوت فيها بين السنة القمرية والشمسية وليس بظاهر الرواية على ما نذكره ولابد من طلبها التفريق لانه حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي اضيف الى فعل الزوج فكانه طلقها بنفسه وقال الشافعي رحمه الله وهوفسخ لانه فرقة من جهتها لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا يعني بعد التمام واما قبل تمام العقد فيقبل كما في خيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم وانما تقع التطليقة بائنة لان المقصود وهودفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لولم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة وهي التي لا تكون ذات زوج ولا مطلقة اما

الاول فلفوات المقصود وهو الوطئ واما الثاني فلانها تحت زوج فلا يحصل دفع الظلم ولها كمال المهران كان خلا بها لان خلوة العنين صحيحة لان المرأة قد سلمت المبدل مع وجود الآلة فيجب عليه البدل دل على ذلك قضاء عمر وعلي رضي الله عنهما حيث قالا ماذا فيهن اذا جاء العجز من قبلكم وتجب العدة لتوهم الشغل احتياطا استحسانا لما بينا يعني في باب المهر هذا اذا اقر الزوج بعدم الوصول اليها وان ادعاه وانكرته فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة حقيقة وان كان مدعيا للوصول صورة والاصل في الجبلة السلامة فكان الظاهر شاهدا له والقول قول من يشهد له الظاهر وكان كالمودع اذا ادعى رد الوديعة القول قوله لانه منكر معنى وان كان مدعيا صورة ثم ان حلف بالله تعالى لقد اصبتها بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر النساء اليها فان قلن هي بكر اجل سنة لظهور كذبه وان قلن هي ثيب يحلف الزوج لامكان ان بكارتها زالت بوجه آخر فيشترط اليمين مع شهادتهن ليكون حجة فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة ثم كيف يعرف انها بكر او ثيب قالوا يدفع في فرجها اصغر بيضة من بيض الدجاج فان دخل بلا عنف فثيب والا فبكر وقيل ان امكنها ان تبول على الجدار فبكر والا فثيب وقيل يكسر البيضة فيصب في فرجها فان دخلت فثيب والا فبكر وقوله وان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال ظاهر وقوله وان قلن هي ثيب حلف الزوج حاصله ان الاراءة للنساء مرتين مرة قبل الاجل للتاجيل ومرة بعد الاجل للعجز وان نكل خيرت لتايدها بالنكول اي لتايد دعوى المرأة انه لم يجامعها بنكول الزوج عن اليمين وان حلف لا تخير لبطلان حقها وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرنا يعني قوله فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها وكذا اذا قامت من مجلسها او اقامها اعوان القاضي او قام القاضي قبل ان تختار شيئا بطل

بطل خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك يتوقف بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان لحقها فاذا رضيت بالاسقاط صريحا اودلالة بتاخير الاختيار الى ان قامت او اقيمت سقط حقها فلا تطالب بعدذلك بشيء فان اختارت الفرقة امر القاضي الزوج بان يطلقها وان ابى فرق القاضي بينهما كما مر **قوله** وفى التأجيل تعتبر السنة في التاجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح وهو ظاهر الرواية وهي ثلثمائة واربعة وخمسون يوما وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يعتبر السنة الشمسية وهي ثلثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزء من اليوم ويحتسب بايام الحيض وبشهر رمضان يعني لايعوض عن ايام الحيض وعن شهر رمضان الواقعة في مدة التأجيل ايام اخر بل هي محسوبة من مدة التأجيل وذلك لان الصحابة رضي الله عنهم قدروا مدة التأجيل بسنة ولم يستثنوا منها ايام الحيض وشهر رمضان مع علمهم ان السنة لاتخلو عنها ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه اي عن المرض فلم يكن في معنى ايام الحيض وشهر رمضان فيعوض لذلك من ايام اخر وعلى هذا فتوى المشائخ رحمهم الله وروي عن ابي يوسف رحمه الله انه اذا مرض احدهما مرضا لا يستطيع الجماع معه فان كان اقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان اكثر منه لم يحتسب عليه وجعل له بدل مكانها وكذلك الغيبة لان شهر رمضان محسوب عليه وهو نادر في الليل ممنوع في النهار والنهار بدون الليل يكون نصف الشهر فثبت ان نصف الشهر محسوب عليه وعنه انهما اذا كانا صحيحين في شيء من السنة ولو في يوم يحتسب عليه بزمان المرض وعن محمد رحمه الله ان مرض احدهما فيمادون الشهر يحتسب عليه بذلك وان كان المرض شهرا لا يحتسب ويزاد في مدته بقدر مدة المرض واذا كان بالزوجة عيب اي عيب كان فلاخيار للزوج في فسخ النكاح وقال الشافعي رحمه الله ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق بفتح التاء مصدر قولك امرأة رتقاء لا تستطاع الجماع لارتتاق ذلك

الموضع اي لانسداده ليس لها خرق الا المبال والقرن بسكون الراء قال في المغرب هوما غدة غليظة اولحمة مرتفعة اوعظم يمنع سلوك الذكر في الفرج وامرأة قرناء بها ذلك وقال لانها يعني العيوب الخمسة تمنع الاستيفاء حسا اوطبعا اما حسا ففي الرتق والقرن واما طبعا ففي الجذام والبرص والجنون لان الطباع السليمة تنفر عن جماع هؤلاء وربما يسري الى الاولاد والطبع مؤيد بالشرع قال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد ولنا ان فوت الاستيفاء بالكلية بالموت لا يوجب الفسخ حتى لا يسقط شيء من مهرها فاختلاله بهذه العيوب اولى قيل فيه ضعف لان النكاح موقت بحيوتهما وهذا اي كون هذه العيوب لا يوجب الفسخ لان الاستيفاء من الثمرات وفوات الثمرة لا يؤثر في عقد النكاح الا ترى انه لولم يستوف لبخر او دفر وقروح فاحشة لم يكن له حق الفسخ وانما المستحق هو التمكن وهو حاصل اما في الجذام والبرص والجنون فظاهر واما في الباقيين فبالشق والفتق وقوله صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم الحديث محمول على الفرار بالطلاق وكذا ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة فوجد على كشحها بياضا فردها محمول على الطلاق لانه روي انه صلى الله عليه وسلم قال لها الحقي باهلك وهذا من كنايات الطلاق وكذا ما روي عن عمر رضي الله عنه انه اثبت له الخيار بهذه العيوب ومذهبنا مروي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لها الخيار لانه تعذر عليها الوصول الى حقها لمعنى فيه فكان بمنزلة الجب والعنة فتتخير دفعا للضرر عنها حيث لا طريق لها سواه بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهو الوطئ لان شرعية النكاح لاجل الوطئ وهذه العيوب غير مختلة به فافترقا فان قيل جعل المصنف رحمه الله

رحمه الله الوطيء فيما اذا كان بالمرأة من العيوب الخمسة من الثمرات ولم يثبت له خيار الفسخ وفي مسئلة الجب والعنة جعله المقصود المشروع له النكاح ويلزمه من ذلك ان يكون المقصود المشروع له النكاح وان لا يكون باعتبار الموضعين وذلك تحكم قلت هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له النكاح بالوطيء وليس ذلك بمراد به وانما المراد به التمكن كما تقدم وهما يخلان به بخلاف العيوب الثلثة والله اعلم *

باب العدة

العدة لما كانت اثر الفرقة بالطلاق وغيره عقبها بذكر وجوه التفريق في باب على حدة لان الاثر يعقب المؤثر والعدة في اللغة ايام اقراء المرأة وفي الشريعة تربص يلزم المرأة عند زوال ملك المتعة مؤكدا بالدخول او الخلوة او الموت وهو اي هذا الزوال سببها وشرطها وقوع الفرقة وركنها حرمات ثابتة الى اجل ينقضي وعند الشافعي رحمه الله هو كف المرأة نفسها عن افعال محظورة عليها وقد عرف في موضعه **قوله** واذا طلق الرجل امرأته اذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا ولم يقل وقد دخل بها لان قوله رجعيا يغني عنه اذ الرجعة لا تكون الا في المدخول بها او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق كخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة وملك احد الزوجين الآخر والفرقة في النكاح الفاسد وهي ان كانت حرة ممن تحيض فعدتها ثلثة اقراء لقوله تعالى وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلٰثَةَ قُرُوءٍ وهو في عدة الطلاق ظاهر المراد يدل عليها بعبارته واما الفرقة بغير طلاق فهي في معناه لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارية على النكاح وهذا اي التعرف عن براءة الرحم يتحقق فيها اي في الفرقة بغير طلاق والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي رحمه الله الاطهار واللفظ حقيقة فيهما فكان من الالفاظ المشتركة بين الاضداد كذا قال ابن السكيت ولا يمكن ان يتناولهما جملة للاشتراك فان اللفظ

الواحد عندنا لا يدل على معنيين مختلفين حقيقيين حقيقة او مجازا على ما عرف في الاصول ولا بعد في ان يكون تعرض المصنف رحمه الله بكونه من الاضداد اشارة الى نفي قول من يقول انه مجاز في احدهما لانه لا بد للمجاز من مناسبة وكونه من الاضداد ينفيها وهذا ايضا مما عرف في الاصول فلابد من الحمل على احدهما والحمل على الحيض اولى لما ان احدها العمل بلفظ الجمع يعني القروء فانه جمع قرء بالفتح والضم ووجهه ان اقل الجمع ثلثة وذلك انما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر لما ان الطلاق يوقع في طهر وهو السنة ثم هو محسوب من الاقراء عند من يقول بالاطهار فيكون حينئذ مدة عدتها قرئين وبعض الثالث ولفظ الثلثة في قوله تعالى ثَلٰثَةَ قُرُوْءٍ خاص لكونه وضع لمعنى معلوم على الانفراد وهو لا يحتمل النقصان وهذا ايضا مما عرف في الاصول وقد قررناه في الانوار والتقرير بخلاف ما لو اريد بالقروء الحيض فانه يكمل ثلثا والثاني ان الحيض معرف لبراءة الرحم لان براءتها انما تظهر بالحيض لا بالطهر لما ان الحمل طهر ممتد فيجتمعان فلا يحصل التعرف بانها حامل او حائل وهو اي التعرف هو المقصود والثالث قوله صلى الله عليه وسلم وعدة الامة حيضتان والرق انما يؤثر في النصف لا في النقل من الطهر الى الحيض فيلتحق بيانا به اي فيلتحق هذا الخبر بالمشترك من الكتاب بيانا وان كانت ممن لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلثة اشهر لقوله تعالى وَاللّٰائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيْضِ مِنْ نِسَائِكُمْ اِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلٰثَةُ اَشْهُرٍ وكذا التي بلغت بالسن اي خمسة عشر سنة بآخر الآية وهو قوله تعالى وَاللّٰائِي لَمْ يَحِضْنَ عطف اَللّٰائِي لم يحضن على اللائي يئسن وجعل لهما خبرا واحدا وفي هذا دلالة ظاهرة على ان الاصل في العدة الحيض والشهور بدل عنها حيث جعل الاشهر عدة بشرط عدم المحيض كما في قوله تعالى فَلَمْ تَجِدُوْا مَاءً فَتَيَمَّمُوْا وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله تعالى وَاُولَاتُ الْاَحْمَالِ اَجَلُهُنَّ اَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وقوله فان كانت امة ظاهر وقوله

وقوله وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله تعالى وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا نسخ قوله تعالى وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ واستدل عليه بما روي ان المتوفى عنها زوجها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه في الاكتحال فقال صلى الله عليه وسلم كان احداكن في الجاهلية اذا توفي عنها زوجها قعدت في شر احلاسها في بيتها حولا ثم خرجت فرمت ببعرة انما هي اربعة اشهر وعشر فسقط استدلال من يقول لها عدتان طولي وهي الحول وقصري وهي اربعة اشهر وعشر وان الاولى هي العدة الكاملة وان الثانية رخصة وعدة الامة شهران وخمسة ايام لما عرف غير مرة ان الرق منصف * وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لا طلاق قوله تعالى وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وهو مذهب عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وكان علي رضي الله عنه يقول تعتد بابعد الاجلين اما بوضع الحمل او باربعة اشهر وعشر ايهما كان ابعد لان قوله تعالى وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ الآية يقتضي الاعتداد بوضع الحمل وقوله يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ يوجب الاعتداد باربعة اشهر وعشر فيجمع بينهما احتياطا وقلنا قال عبد الله ابن مسعود رضي الله عنهما من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى يعني سورة يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ الى آخرها نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة يريد ان قوله تعالى وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ متأخر عن قوله تعالى يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ فيكون ناسخا في ذوات الاحمال وقال عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج **قوله** واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها ابعد الاجلين وعدة المطلقة بطلاق الفار اذا كان بائنا او ثلثا ابعد الاجلين ان تعتد اربعة اشهر وعشرا فيها ثلث حيض حتى لو اعتدت اربعة اشهر وعشرا فلم تحض كانت في العدة مالم تحض ثلث حيض ولو حاضت ثلث حيض قبل تمام اربعة اشهر وعشر لا تنقضي عدتها حتى تتم المدة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله ثلث

حيض واما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع لابي يوسف رحمه الله ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق لان الكلام في الطلاق البائن وهو قاطع النكاح بلا خلاف ومن انقطع نكاحها بالطلاق لزمها ثلث حيض لان عدة الوفاة مختصة بمن زال نكاحها بالوفاة وهذه ليست كذلك فان قيل لو كان كذلك لما بقي في حق الارث اجاب بقوله الا انه بقي في حق الارث يعني بالدليل الدال على توريثها لا في حق تغير العدة بخلاف الطلاق الرجعي لان النكاح باق من كل وجه لما تقدم ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة وبين الملازمة بقوله احتياطا وبيانه انا انما اعطيناها الميراث باعتبار ان النكاح بمنزلة القيام بينهما حكما الى وقت الموت او باعتبار اقامة العدة مقام اصل النكاح حكما اذ لا بد للميراث من قيام السبب عند الموت والميراث لا يثبت بالشك والعدة تجب به فاذا جعل النكاح في الميراث كالمنتهي بالموت حكما ففي حكم العدة اولى وسبب وجوب العدة عليها بالحيض مقدر حقيقة فالزمناها الجمع بينهما احتياطا وقوله ولو قتل على ردته جواب عما استدل به ابو يوسف رحمه الله فقال الا يرى ان المرتد اذا مات او قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بالاجماع لان زوال النكاح كان بردته لا بموته فكذلك زوال النكاح ههنا بالطلاق البائن لا بالموت وتقريره ان ذلك ايضا على هذا الاختلاف عندهما تعتد بابعد الاجلين فلا ينهض دليلا وقيل عدتها بالحيض بالاجماع وعذرهما عن ذلك كما ذكر في الكتاب ان النكاح حينئذ ما اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق الارث لانها عنده مسلمة والمسلمة لا ترث الكافر ولكن يستند استحقاق الميراث الى وقت الردة وبذلك السبب لزمتها العدة بالحيض فلا تلزمها عدة الوفاة وههنا استحقاق الميراث عند الموت لا عند الطلاق فعرفنا ان النكاح كالقائم بينهما الى وقت الموت حكما وقوله فان اعتقت الامة في عدتها ظاهر واعترض بان العدة حكم زوال الزوجية وحكم الزوال يثبت عند الزوال فينبغي ان لا تتحول العدة

العدة في الرجعي ايضا لانها عند الزوال امة ولهذا تعتد من وقت الطلاق واجيب بانها انما تحولت لان سببها وهو الزوال متردد فكانت مترددة لتردد سببها فتغيرت ولهذا تتحول بالموت من الاقراء الى الشهور بخلاف البائن فان سببه ليس بمتردد فلم تتحول العدة بالعتق وقوله ان كانت آنسة ظاهر وقوله اذا رأت على العادة يعني ان رأت دما سائلا وكان محمد بن ابراهيم الميداني يقول ان رأت دما سائلا كما كانت تراه في زمان حيضها فهو حيض وان رأت بلّة يسيرة لم تكن حيضا بل ذاك من نتن الرحم فكان فاسدا لا يتعلق به حكم الحيض وقوله لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح احترازعن قول محمد بن مقاتل الرازي رحمه الله فانه كان يقول هذا اذا لم يحكم باياسها فاما اذا انقطع الدم عنها زمانا حتى حكم باياسها وكانت بنت تسعين سنة او نحوها فرأت الدم بعد ذلك لم تكن حيضا وقوله تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل منقوض بمن صلى بوضوء ثم سبقه الحدث ولم يجد ماء فانه يبني بالتيمم وكذلك اذا عجز عن الركوع والسجود يؤمي وفي ذلك جمع بين البدل والمبدل واجيب بان البدلية اما ان تعتبر في الصلوة اوفي الطهارة فكلاهما غير صحيح اما الاول فلان الصلوة بالتيمم ليست ببدل عن الصلوة بالوضوء وكذلك الصلوة بالايماء ليست ببدل عن الصلوة بالركوع والسجود لان بعض الشيء لا يكون بدلا عن كله واما الثاني فلان الطهارة وان كانت فيها البدلية لكن لا جمع بينهما لان احدى الطهارتين لا تكمل بالاخرى واما العدة بالشهور فبدل عن الحيض واكمال البدل بالاصل جمع بينهما **قوله** والمنكوحة نكاحا فاسدا المنكوحة نكاحا فاسدا كالمنكوحة بغير شهود باتفاق علمائنا رحمهم الله والمحرم اذا نكحها عالما بحرمتها عند ابي حنيفة رحمه الله والموطوءة بشبهة وهي التي زفت الى غير زوجها فوطئها عدتها الحيض في الفرقة والموت جميعا لانها اي لان عدتها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح اذ لا حق للنكاح الفاسد والوطىء بشبهة والحيض هو المعرف ولا تفرقة في ذلك بين الفرقة

والموت فان قيل فعلى هذا وجب ان يكتفى بحيضة واحدة اوشهر واحد كما فى الاستبراء وليس كذلك اجيب بانها انما كانت ثلث حيض الحاقا للشبهة بالحقيقة فان احكام العقد الفاسد ابدا تؤخذ من حكم الصحيح كما فى البيع الفاسد والاجارة الفاسدة فانهما يفيدان افادة الصحيح غير ان ثبوت الملك يتوقف على القبض لوهاء فيه وكذلك يثبت اجر المثل دون المسمى لذلك وههنا ايضا لم تثبت عدة الوفاة لوهاء فيه فان عدة الوفاة لزيادة اظهار التاسف لفوت نعمة النكاح فالنعمة فى النكاح الصحيح دون الفاسد فلذلك اختصت بالصحيح ولكن لما كان فيه جهة النكاح الحق بالصحيح فى اعتبار مدة العدة احتياطا فاذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلث حيض وقال الشافعي رحمه الله حيضة واحدة وهو مروي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال عدتها اثر ملك اليمين لانها تجب بزواله فكان كالاستبراء ولهذا لا يختلف بالحيوة والوفاة ولنا انها اثر زوال الفراش لانها تجب به فكانت كعدة النكاح وفيها لا يكتفى بحيضة واحدة والقياس على الاستبراء ضعيف لان سببه استحداث الملك وسببها زوال الفراش ولامناسبة بينهما واما منافيه عمر رضي الله عنه فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض وهو المروي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما وان كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلثة اشهر كما فى النكاح وقوله واذا مات الصغير عن امرأته ظاهر قوله كالحادث بعد الموت يعني بان تضع بعد الموت بستة اشهر فصاعدا من يوم الموت عند عامة المشائخ رحمهم الله وقال بعضهم بان يأتي لاكثر من سنتين قال فى النهاية والاول اصح وتفسير قيام الحبل عند الموت ان تلد لاقل من ستة اشهر من وقت الموت كذا فى الفوائد الظهيرية ولهما اطلاق قوله تعالى وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ من غير فصل بين ان يكون الحمل من الزوج اومن غيره في عدة الطلاق او الوفاة وقوله ولانها مقدرة دليل معقول لهما وتقريره عدة الوفاة مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة اوطالت لقضاء حق النكاح لا للتعرف عن فراغ الرحم وهذه مقدمة وهذا

وهذا المعنى يعني قضاء حق النكاح يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه وهذه اخرى وهي واضحة وبين الاول بقوله لشرعها اي لشرع عدة الوفاة بالاشهر مع وجود الاقراء يعني لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تشرع بالاشهر لان الحيض هو المعرف على ما مر وفيه نظر لان الضمير في قوله لشرعها اما ان يعود الى عدة الوفاة في اولات الاحمال او اليها مطلقا ولا سبيل الى الاول لان الحامل لا تحيض عندنا ولا الى الثاني لان المدعى عدة الوفاة في الحامل ولا يلزم من ان لا تكون للتعرف عن فراغ الرحم في غير الحامل ان لا تكون له فيها لان نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم والجواب ان الضمير يعود الى عدة الوفاة مطلقا يعني ان عدة الوفاة شرعت لقضاء حق النكاح لا للتعرف لا في اولات الاحمال ولا في غيرها لانها شرعت بالاشهر مع وجود الاقراء المعرفة والدليل اذا كان اعم من المدلول كان اتم فائدة وكون نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم غير معتبر وعدم الاعتبار ليس اعتبار العدم كما عرف وقوله بخلاف الحمل جواب عن قوله فصار كالحادث بعد الموت يعني انما كانت عدتها بالشهور لانا حكمنا بفراغ رحمها عند الموت والزمنا العدة ووجبت العدة بالشهور حقا للنكاح بآية التربص فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت العدة وجبت مقدرة بمدة الحمل لانها عدة اولات الاحمال بالنص فافترقا اي الحمل القائم عند الموت والحادث بعده فان قيل اذا مات الرجل ولم تكن المرأة حاملا فقد الزمناها العدة بالشهور ثم اذا ظهر الحمل تكون عدتها بوضع الحمل فقد تغيرت العدة بحدوث الحمل اجاب بقوله ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان اي الحمل كالقائم عند الموت حكما تبعا للحكم شرعي آخر وهو ثبوت النسب لان النسب بلا حمل لا يثبت وحيث ثبت لها ههنا لا بد له من حمل فجعلناه كالقائم حكما وفي امرأة الصغير لما لم يثبت النسب لم يحتج الى جعل الحمل قائما عند الموت فكان الحمل مضافا الى اقرب الاوقات

فكان ابتداء عدتها بالاشهر لا محالة ولا يثبت النسب في الوجهين يعني في وجهي مسئلة الصغير هما وجه القائم عند الموت ووجه الحادث بعده لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق فان قيل النكاح موجود فيقام مقام الماء لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش اجاب بقوله والنكاح يقام مقامه اي مقام الماء في موضع التصور وقوله **قوله** واذا وطئت المعتدة بشبهة واذا وجبت على المرأة عدتان فاما ان تكون من رجلين او من رجل واحد فان كان الثاني كما اذا طلقها ثلثا فتزوجها في العدة ووطئها او وطئ المطلقة ثلثا وقال ظننت انها تحل لي او طلقها بالفاظ الكناية فوطئها في العدة فلا شك ان العدتين تتداخلان وان كان الاول فاما ان تكونا من جنسين كالمتوفى عنها زوجها اذا وطئت بشبهة كما سيجيء او من جنس واحد كالمطلقة اذا تزوجت بزوج آخر في عدتها فوطئها الثاني وفرق بينهما تداخلتا عندنا ويكون ما تراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية وصورة ذلك ان الوطئ الثاني اذا كان بعد ما رأت المرأة حيضة يجب عليها بعد الوطئ الثاني ثلث حيض ايضا والحيضتان تنوب عن اربع حيض حيضتان للاولى وحيضتان للثانية والثالثة عن الوطئ الثاني خاصة وان لم تكن رأت شيئا فليس عليها الا ثلث حيض وهي تنوب عن ستة حيض وقال الشافعي رحمه الله لا تتداخلان لان المقصود من العدة العبادة اي عبادة الكف عن التزوج والخروج ولا تداخل في العبادات كالصومين في يوم واحد فان العدة كف عن التزوج والخروج كما ان الصوم كف عن اقتضاء الشهوتين فكما لا تداخل في الصوم فكذا في العدة ولنا ان المقصود من العدة التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل التعرف بالعدة الواحدة فتتداخلان **قوله** ومعنى العبادة تابع جواب عن قوله لان المقصود هو العبادة والدليل على ان معنى العبادة في العدة تابع ان ركنها حرمة الازدواج والخروج قال الله تعالى وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ

عُقْدَةَ النِّكَاحِ الآية وقال الله تعالى وَلَا يَخْرُجْنَ الآية وموجب النهي التحريم واذا كان ركنها الحرمة فالحرمات تجتمع كصيد الحرم للمحرم حرام للاحرام والحرم وكالخمر في من حلف لا يشربها وهو صائم فانها حرام له لصومه ولكونه خمرا وليمينه بخلاف الصوم فان ركنه الكف لقوله تعالى ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ وان يجتمع الامساكان في يوم واحد واستوضح المصنف رحمه الله تبعية العبادة بقوله الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف يعني عن الخروج والعبادة لا يتحقق اداؤها بدون ركنها واعترض بانها لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تجب على الصبية والآئسة لعدم الشغل بها ولا على المتوفى عنها زوجها لان زوجها لا يحتاج الى ذلك واللوازم باطلة فكذلك الملزومات سلمنا ان المقصود ذلك لكن لا نسلم جواز التداخل والا لجاز التداخل في اقراء عدة واحدة لحصول المقصود ونفي ضرر تطويل العدة عنها واجيب عن الاول بان الصبية التي تحتمل الوطء والآئسة تحتملان العلوق فدار الحكم على دليل الشغل وهو الوطء لان العدة يكتفي في ايجابها بتوهم الشغل وان كان على خلاف العادة والمتوفى عنها زوجها الحاجة فيها الى التعرف قائمة صيانة لمائي الزوجين عن الاختلاط لان ماء الاول محترم في نفسه كماء الثاني وعن الثاني بانا لا نسلم الملازمة لان التعرف بحيضة واحدة ليس كالتعرف بثلث حيض في حصول المقصود لان المقصود من الاولى تعرف الفراغ ومن الثانية اظهار خطر النكاح فرقا بينه وبين الاستبراء ومن الثالثة اظهار شرف الحرية وهذا المقصود لا يحصل بالحيضة الواحدة وفيه نظر لان المصنف رحمه الله لم يعلل الا بالتعرف عن فراغ الرحم وكان السؤال واردا عليه وقوله والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور ظاهر قال في المبسوط لو تزوجت في عدة الوفاة فدخل بها الثاني ففرق بينهما فعليها بقية عدتها من الاول تمام اربعة اشهر وعشر يوم وعليها ثلث حيض للآخر وتحتسب بما حاضت بعد التفريق من عدة الوفاة ايضا والله اعلم **قوله** وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق ابتداء العدة

فى الطلاق عقيب الطلاق وفى الوفاة عقيب الوفاة لان سبب وجوب العدة الطلاق
اوالوفاة فيعتبرابتداؤها من وقت وجودا لسبب فان لم تعلم بالطلاق اوالوفاة حتى
مضت مدة العدة فقدانقضت عدتها قال محمد رحمه الله اذا فارق الرجل امرأته زمانا
ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا والمرأة لا تعلم بذلك لها ان تصدقه وتعتبرعدتها من ذلك
الوقت ومشائخنا رحمهم الله يريد علماء بخارا و سمرقند رحمهم الله تفتون فى الطلاق ان
ابتداءها من وقت الاقرار نفيا للتهمة المواضعة لجواز ان يتواضعا على الطلاق و انقضاء
العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين ووصية لها بشيء اويتواضعا على انقضاء العدة لان
يتزوج اختها اواربعا سواها وقال فى الذخيرة اختار مشائخ بلخ رحمهم الله انه تجب العدة
من وقت الاقرار عقوبة عليه جزاءً على كتمان الطلاق يعني حتى لا يتزوج باختها
وباربع سواها زجراله على الكتمان لكن لا تجب لها نفقة العدة والسكنى لان ذلك
حقها وقداقرت بسقوطه والعدة فى النكاح الفاسد عقيب التفريق بان يحكم الحاكم بالتفريق
بينهما او عزم الواطي على ترك وطئها والعزم امرباطن لايطلع عليه وله دليل ظاهر وهوالاخبار
بذلك بان يقول تركت وطئها وما يفيد معناه فيقام مقامه ويدار الحكم عليه وقال زفر
رحمه الله من آخر الوطئات لان الوطئ هوالسبب الموجب للعدة اذ لولم يطأها لم تجب عليها
العدة ولنا ان كل وطئ وجد فى العقد وتقريره القول بالموجب وهو ان يقال سلمنا ان الوطئ
هو السبب الموجب لكن جميع الوطئات التي توجد بالعقد الفاسد بمنزلة وطئة واحدة
لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى فى الكل بمهر واحد واذا كان كذلك
لم يثبت آخر وطئة يترتب عليها العدة الا بالتفريق او العزم لانه قبل ذلك جاز ان يوجد غيره
فلا يكون مافرضناه آخر الوطئات آخرها وتحريرهذه النكتة ان العدة لا تثبت الا بآخر وطئة وآخر
وطئة لا توجد الا بالتفريق او العزم اما انها لا تثبت الا بآخر وطئة فبالاتفاق بيننا وبين الخصم
واما ان آخر وطئة لا توجد الا بالتفريق او العزم فلما قال مع جواز وجود غيره وقوله

قوله ولان التمكن على وجه الشبهة دليل آخر وتقريره ان حقيقة الوطئ امر خفي له سبب ظاهر وهو التمكن من الوطئ على وجه الشبهة وكل امر خفي له سبب ظاهر يقام السبب مقامه ويدار الحكم عليه فالتمكن من الوطئ على وجه الشبهة يقوم مقام حقيقة الوطئ واذا اقام مقامها فمهما كان التمكن باقيا كان الوطئ باقيا فلا يتعين آخر الوطئات اذ التمكن باق بعد كل وطئة فرضت فلابد من المتاركة او العزم ليرتفع التمكن فتعين آخر الوطئات فان قلت لا نسلم ان حقيقة الوطئ امر خفي لان الحاجة الى معرفة العدة انما هي للزوجين وحقيقة الوطئ ليست بخفية بالنسبة اليهما قلت وقد اشار الى الجواب بقوله ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره اي غير الوطئ وهو الذي يريد ان يتزوجها وقيل وكذا اخت الموطؤة واربع سواها ولاخفاء في خفاء مفهوم كلام المصنف رحمه الله في النكتتين ولم اجد في الشروح ما يطابق مقصوده فذكرت وخاطري ابو عذرته وجهد المقل دموعه وقوله واذا قالت المعتدة قد انقضت عدتي ظاهر وقوله فتحلف كالمودع يعني اذا قال هلكت الوديعة او قال رددتها وانكر المودع ذلك فان القول قوله مع يمينه لانه امين وما على الامين الا اليمين **قوله** واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا قال في النهاية هذه من المسائل المعروفة التي ذكرها في اليتيمة والذخيرة وغيرهما وهي كلها مبنية على اصل واحد وهو ان الدخول في النكاح الاول هل يكون دخولا في النكاح الثاني اولا فعند محمد رحمه الله لا يكون وعندهما يكون وصورة المسئلة المذكورة في الكتاب ظاهر ووجه قول محمد رحمه الله ان هذا طلاق قبل المسيس والخلوة الصحيحة وكل طلاق يكون كذلك لا يوجب كمال المهر ولا استيناف العدة فان قيل يجب عليها اكمال العدة الاولى اجاب بقوله واكمال العدة الاولى انما وجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حالة التزوج الثاني لعدم اختلاط المياه فاذا طلقها ثانيا بلا دخول صار النكاح الثاني كالمعدوم فيجب عليها اكمال العدة الاولى كما لو اشترى ام ولده اي

منكوحته التي ولدت منه ثم اعتقها فانه يجب عليها ثلث حيض حيضتان من النكاح تجتنب فيها ما تجتنب المنكوحة من الخروج والتزين وحيضة من العتق لا تجتنب فيها لانه لما اشتراها فسد النكاح و وجبت العدة الا يرى انه لا يجوز ان يزوجها وانما لم يظهر حكم العدة في حقه لمانع وهو ملك اليمين فاذا زال المانع ظهر حكم العدة في حقه ايضا فوجب حيضتان للفساد وهما تعتبران من الاعتاق ايضا ويلزمها الحداد واما الثالثة فانما يجب من العتق خاصة فلا يلزمها الحداد ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطئة الاولى وبقي اثره اي اثر الوطئ الاول وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة بالدخول في النكاح الاول ناب ذلك القبض الذي كان بالدخول مناب القبض اي بالدخول المستحق في هذا النكاح فاذا طلقها صار كانه طلقها بعد الدخول في النكاح الثاني فيجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقلة فان قيل لو كان الطلاق بعد النكاح الثاني كالطلاق بعد الدخول لكان صريحه معقبا للرجعة كالطلاق الصريح بعد الدخول وليس كذلك فان الواقع بائن اجيب بانه ليس بطلاق بعد الدخول وانما هو كالطلاق بعد الدخول والمشابه للشيء لا يلزم ان يساويه من جميع الوجوه الا يرى ان الخلوة كالدخول في حق تكميل المهر وكمال وجوب العدة لا فيما سواهما حتى لو طلقها بعد الخلوة كان الواقع بائنا ويشبه بالغاصب يشتري المغصوب وهو واضح وقوله فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول تشبيه لا تحقيق بدليل قوله قبله ناب ذلك القبض عن القبض المستحق وقول زفر رحمه الله على ما ذكره واضح وقوله وجوابه ما قلنا اشارة الى قوله واكمال العدة الاولى والى قوله ولهما انها مقبوضة في يده الى آخره واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا مراغمة على نية ان لا تعود الى دار الحرب ابدا يقال راغم فلان قومه اذا نابذهم وخرج عنهم والاسلام ليس بشرط قال الامام التمرتاشي رحمه الله اذا خرج احد الزوجين الينا مسلما او ذميا او مستأمنا ثم اسلم او صار ذميا والآخر على حربيته ثم

ثم فقد زالت الزوجية ثم ان كانت المرأة هي الخارجة فلا عدة عليها وانما قيد المصنف رحمه الله بقوله مسلمة بيانا لاحسن حالاتها فان تزوجت جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاح محارمهم يعني كما ان نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده اذا كان معتقدهم ذلك حتى لا يتعرض لهم كذلك الذمية المطلقة لا عدة عليها من الكافر اذا كان معتقدهم ذلك وقد بينا في كتاب النكاح يعني في باب نكاح اهل الشرك واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بينهما بسبب آخر كالطلاق وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر وتركها في دار الحرب لعدم تبليغ احكام الشرع اياها وله قوله تعالى وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ نفي الجناح في نكاح المهاجرات مطلقا فتقييده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص وقوله ولان العدة حيث وجبت دليل معقول تقريره العدة حيث وجبت كان فيها حق العبد لانها تجب صيانة لماء محترم ولهذا لا تجب قبل الدخول ولا حق للحربي لانه ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك وقوله الا ان تكون حاملا يجوز ان يكون استثناء من قوله والحربي ملحق بالجماد معنى لان معناه والحربي لا حق له الا ان تكون امرأة حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب والحمل الثابت النسب امنع من احتماله الا يرى ان ام الولد اذا كانت حاملا لا يزوجها مولاها واذا كانت حائلا جاز له ذلك وهذا لان الولد اذا كان ثابت النسب كان الفراش قائما فنكاحها يستلزم الجمع بين الفراشين ولا كذلك اذا لم تكن ولقائل ان يقول قوله تعالى وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ مطلق لا يفصل بين الحامل والحائل فتقييده بالحائل زيادة على النص فلا يجوز كما قلتم بالنسبة الى العدة فالجواب ان قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله ورسوله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره مشهور تلقته الامة بالقبول فيجوز به الزيادة بخلاف العدة فانه ليس فيها مثله وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انها ان تزوجت صح نكاحها ولا يطأها كالحبل من الزنا والاول وهو ان

لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل اصح لثبوت نسب الولد بخلاف الحبلى من الزنا لانه لا نسب له والله اعلم بالصواب *

فصل

لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية الوجوب وعلى من تجب وعلى من لا تجب ذكر في هذا الفصل ما يجب على المعتدات ان يفعلنه وما لا يجب يقال بت طلاق المرأة وابته والمبتوتة المرأة واصلها المبتوتة طلاقها والمراد بالمبتوتة من انقطع عنها حق الرجعة وهي تقع على ثلث المختلعة والمطلقة ثلثا والمطلقة بتطليقة بائنة وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد وهي ترك زينتها وخضابها بعد وفاة زوجها واصل الحد المنع يقال احدت المرأة احدادا فهي محدة منعت نفسها وحدت تحد حدادا واما المتوفى عنها زوجها فلقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا وفي وجه الاستدلال به اشكال لان مقتضاه احلال الاحداد للمتوفى عنها زوجها لكون الاستثناء من التحريم والاستثناء من التحريم احلال وليس الكلام فيه وانما هو في الايجاب وقال في النهاية يمكن ان يقال قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل نفي لاحلال الاحداد ونفي احلال الاحداد نفي الاحداد نفسه فحينئذ كان في المستثنى اثبات الاحداد لا محالة فكان تقرير الحديث لا تحد المرأة على ميت فوق ثلثة ايام الا المتوفى عنها زوجها فانها تحد اربعة اشهر وعشرا فكان هذا حينئذ اخبارا باحداد المتوفى عنها زوجها فكان واجبا لان اخبار الشارع آكد من الامر وهذا انسب ما وجدت في الشروح فان قيل الاحداد هو التاسف على فوت النعم وذلك مذموم قال الله تعالى لِكَيْلَا تَأْسَوْا عَلَى مَا فَاتَكُمْ وَلَا تَفْرَحُوا بِمَا آتَاكُمْ وكيف صار واجبا بالخبر معارضا للكتاب واجيب بان المراد بما في الكتاب فرح خاص واسى خاص

خاص وهو الفرح والاسي مع الصياح هكذا روي عن ابن مسعود رضي الله عنه واما وجوب الاحداد على المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله لاحداد عليها لانه وجب اظهارا للتاسف على فوت زوج وفي بعهدها الى مماته وهذا قد اوحشها بالابانة فلا تاسف على فوته ولنا ماروي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب رواه ام سلمة رضي الله عنها ولم تفصل بين معتدة الوفاة وغيرها وفي معناه ماروى الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى حماد عن ابراهيم النخعي قال المطلقة والمختلعة والمتوفى عنها زوجها والملاعنة لا يختضبن ولا يتطيبن ولا يلبسن ثوبا مصبوغا ولايخرجن من بيوتهن وابراهيم ادرك عصر الصحابة وزاحمهم في الفتوى فيجوز تقليده وقوله ولانه وجب دليل معقول ويجوز ان يكون بيانا لالحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة وتقريره ان النص ورد في وجوب الاحداد على المتوفى عنها زوجها بلا خلاف ومناط حكمه اظهار التاسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنتها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها فكان الحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها كالحاق ضرب الوالدين بالتافيف فان قيل ان تم هذا في المطلقة لم يتم في المختلعة لانها قد افتدت نفسها برضاها بطلب الخلاص منه فكيف تتأسف فالجواب ان الاحكام انما تعتبر بالموضوعات الاصلية وفوات نعم النكاح مما يوجب التأسف لوضعه فلا معتبر بصورة نقض صدرت من ناقصات العقل والدين لايقال لوكان الحداد لما ذكر تم لوجب على الازواج ايضا لان نعمة النكاح مشتركة بينهما لانا نقول النص لم يرد الا في الزوجات والازواج ليسوا في معناهن لكونهم ادنى منهن في نعمة النكاح لما فيه من صيانتهن لانهن لحم على وضم ودرور النفقة عليهن لكونهن ضعائف عن التكسب عواجز عن التقلب ولاكذلك الازواج وقوله والحداد ويقال الاحداد تعريف للحداد فكان موضعه اول الكلام واتي بجامع الصغير

لان لفظه يخالف لفظ القدوري وفي الوجع اشارة الى العذر وهو التداوي لا الزينة وقوله والمعنى فيه اي في ايجاب ترك الطيب والزينة وجهان احدهما ماذكرناه من اظهار التاسف * والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها لان المرأة اذا كانت متزينة متطيبة يزيد رغبة الرجل فيها وهي ممنوعة عن النكاح مادامت في عدة الوفاة او الطلاق فتجتنبها كيلا تصير ذريعة اي وسيلة الى الوقوع في المحرم وهو النكاح وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأذن للمعتدة الاكتحال روي عن ام سلمة رضي الله عنها انها قالت جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت ان زوج ابنتي توفي وقد اشتكت عينها افنكحلها فقال صلى الله عليه وسلم لا مرتين او ثلثا وقوله والمراد الدواء يعني ينبغي ان يكون مرادها بالاستعمال الدواء لا الزينة وقوله لما روينا اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم الحناء طيب **قوله** ولاحداد على كافرة هذا بيان من لا يجب عليها الحداد وهي خمس الكافرة والصغيرة وام الولد والمعتدة عن نكاح فاسد والمطلقة الرجعية ولم يذكرها في هذا الموضع لكونها معلومة مما تقدم واما الكافرة وهي الكتابية فلانها غير مخاطبة بحقوق الشرع والحداد من حقوقه اشار الى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر واما الصغيرة فلان الخطاب موضوع عنها وذكر الامة في اثناء هؤلاء استطراد وهو ظاهر واما ام الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فلان كل واحدة منهما مافاتها نعمة النكاح لتظهر التاسف والاصل هو الاباحة في الزينة لا سيما في النساء قال الله تعالى قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ فان قيل قد ذكر المصنف رحمه الله ان وجوب الحداد لاظهار التاسف وكون هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها فان فات الاول في ام الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فالثاني موجود فيهما لانهما ممنوعتان من النكاح حال قيام عدتهما فكان ينبغي ان يجب الحداد عليهما للوجه الثاني اجيب بان الوجه الثاني حكمة وليس بعلة لما ذكرنا من دوران وجوب

وجوب الحداد على فوات نعمة النكاح والحكم يدور على العلة دون الحكمة وارى ان
قوله والاباحة اصل اشارة الى الجواب عن هذا السؤال ووجهه انه لما فات فيهما
احد الوجهين عارضت الاباحة الاصلية الوجه الآخر فلم تثبت الحرمة ولا ينبغي ان يخطب
المعتدة لقوله تعالى وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ولا بأس بالتعريض
في الخطبة لقوله تعالى وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ الى ان قال وَلَٰكِنْ
لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وقال صلى الله عليه وسلم السر النكاح وعلى هذا
التفسير كانت الآية دليلا على الحكمين جميعا والتعريض ان يذكر شيئا يدل على شيء آخر
وقد فسره ابن عباس رضي الله عنه في الخطبة على ما ذكره في الكتاب ومعنى قوله تعالى
أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ اي سترتم في قلوبكم فلم تذكروه بالسنتكم لا معرضين ولا مصرحين
والمستدرك بقوله تعالى وَلَٰكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ محذوف تقديره عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ
فاذكروهن وَلَٰكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا اي وطئا لانه مما يسر إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا
وهو ان تعرضوا ولا تصرحوا والاستثناء يتعلق بلا تواعدوهن اي لا تواعدوهن مواعدة قط
الا مواعدة معروفة كذا في الكشاف وقد فسر القول المعروف سعيد بن جبير بما ذكره في الكتاب
ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة ان تخرج من المنزل الذي كانت فيه وقت المفارقة
الا اذا اضطرت نحو ان خافت سقوطه او يعارفيه على نفسها او مالها او اخرجها اهل المنزل
بان كانت تسكن بكرا أو كان زوجها غائبا ولا يقدر على الاجرة والمتوفى عنها زوجها
تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها اما عدم خروج المطلقة فلقوله تعالى
وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ واختلف
في تفسير الفاحشة فقيل هي نفس الخروج قال ابراهيم النخعي رحمه الله وبه اخذ ابو حنيفة
رحمه الله فيكون معناها الا ان يكون خروجها فاحشة كما يقال لا يسب النبي الا كافر ولا يزني احد
الا ان يكون فاسقا وقيل هي الزنا ويخرجن لاقامة الحد عليهن قاله ابن مسعود رضي الله عنه

وبه اخذ ابو يوسف رحمه الله وقال ابن عباس رضي الله عنهما هي نشوزها وان يكون بذية اللسان تبذو على احماء زوجها وقوله واما المتوفى عنها زوجها واضح وقوله صلى الله عليه وسلم التي قتل زوجها هي فريعة بنت مالك بن ابي سنان اخت ابي سعيد الخدري رضي الله عنهم لما قتل زوجها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم استأذنت ان تعتد في بيت خدره لا في بيت زوجها فاذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما خرجت دعاها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها اعيدي المسالة فاعادت فقال لها لا حتّى يَبلُغَ الكِتابُ اَجلَه يعنى لا تخرجي حتى تنقضي عدتك وفي هذا الحديث دليل على حكمين على انها يجب عليها ان تعتد في منزل الزوج وعلى ان الخروج ببعض النهار لقضاء حوائجها جائز فانه صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليها الخروج لها للاستفتاء وقوله والاولى ان يخرج هو ويتركها لان مكثها في منزل الزوج واجب ومكثه فيه مباح ورعاية الواجب اولى وقوله وان ضاق عليهم المنزل فلتخرج يشير الى ان ضيق المنزل من جملة الاعذار فاذا خرجت فالى الزوج تعيين الموضع الذي تنتقل اليه بخلاف المتوفى عنها زوجها اذا خرجت بعذر فان التعيين اليها لاستبدادها في امر السكنى وقوله واذا خرجت مع زوجها الى مكة فطلقها ثلثا او مات عنها هذه المسئلة على وجوه لانه لا يخلو اما ان يكون بينها وبين مصرها اقل من ثلثة ايام او ثلثة ايام فصاعدا فان كان الاول رجعت الى مصرها سواء كان بينها وبين مصرها ثلثة ايام اودونها اما اذا كانت ثلثة ايام فظاهر لان المضي الى مقصدها يكون سفرا والرجوع لا يكون واما اذا كان اقل منها فلانها كما رجعت صارت مقيمة واذا مضت كانت مسافرة مالم تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع من استدامة السفر في العدة تعين ذلك عليها وان كان الثاني فلا يخلو اما ان يكون بينها وبين مقصدها ايضا ثلثة ايام او اقل فان كانت ثلثة ايام فهي بالخيار ان شاءت رجعت الى مصرها وان شاءت مضت سواء كان معها ولي اولم يكن لان المكث في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج لان وضع المسئلة في الخروج الى

الى مكة وغالب طريقها مفازة ومعطش فلابد من الخروج قيل وينبغي ان يختار اقرب الجانبين وفي هذه المسئلة كالتي اسلمت في دار الحرب لها ان تهاجر من غير محرم لانها خائفة على نفسها ودينها فهذه في المفازة كذلك وقال المصنف رحمه الله الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج وان كان اقل مضت الى مقصدها لانها اذا مضت لايكون منشئة سفرا ولاسائرة في العدة مدة السفر وان رجعت كانت منشئة سفرا فلهذا مضت الى مقصدها ولم يذكر المصنف رحمه الله في الكتاب هذا الشق اعتمادا على ان يفهم من الشق الاول لانه اذا كان الجانبان متساويين كانت بالخيار فاذا كان احدهما اقل تعين وقوله الا ان يكون طلقها او مات عنها زوجها في مصر استثناء من قوله ان شاءت رجعت وان شاءت مضت يعني ان ليس لها الخيار في ذلك اذا كانت المفارقة في مصر فليس لها ان تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله ان كان معها محرم فلا بأس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد لان نفس الخروج مباح بالاتفاق دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم واذا ارتفعت الحرمة عاد مباحا وقوله وهذا عذر اشارة الى نكتة اخرى هي ان التربص على المعتدة في منزلها وان كان واجبا لكن يجوز لها الانتقال بعذر كانهدام المنزل وغيره واذى الغربة ووحشة الوحدة عذر فيجوز لها الانتقال نظرا الى وجود المقتضي وانتفاء المانع وهو ارتفاع التحريم الحاصل للسفر بوجود المحرم ولابي حنيفة رحمه الله ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم لما ذكر في الكتاب وهو واضح والله اعلم بالصواب *

باب ثبوت النسب

لما ذكر انواع المعتدات من ذوات الاقراء والاشهر والاحمال ذكر مايلزمه من اعتداد اولات الاحمال وهو ثبوت النسب في هذا الباب ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها اي من وقت تزوجها لان اليوم قرن بفعل غير ممتد فيكون بمعني الوقت يعني من غير زيادة ولا نقصان فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق لان الطلاق مشروط بالنكاح والمشروط يعقب الشرط بزمان وان لطف فيكون العلوق قبله اي قبل الطلاق في حالة النكاح فان قيل هذا نكاح لايتصور فيه الوطئ والاعلاق لانه لما تزوج وقع الطلاق وبدون ذلك لايثبت النسب الا يرى ان نسب ولد جاءت به امرأة الصبي لايثبت كذلك اجاب بقوله والتصور ثابت بان يجعل كانه تزوجها وهو على بطنها يخالطها والناس يسمعون كلامهما فيكون الانزال قد وافق تمام النكاح مقارنا للطلاق لان الطلاق لايقع الابعد تمام الشرط وزوال الفراش حكم الطلاق فيكون العلوق حاصلا قبل زوال الفراش ضرورة فيثبت النسب فان قيل هذا في غاية الندرة فكيف يبتني عليه الحكم اجاب بقوله والنسب يحتاط في اثباته يعني وان كان نادرا لكن النسب يحتاط في اثباته فيجب بناؤه على هذا النادر هذا اذا جاءت به لستة اشهر من غير زيادة ولانقصان واما اذا ولدت لاقل منها فلايثبت النسب لان علوقه كان سابقا على النكاح قبل ثبوت الفراش فلايكون منه وكذلك ان ولدت لاكثر منها لان حين طلقت حكمنا بانه لاعدة لها لانها مطلقة قبل الدخول والخلوة ولم يتيقن ببطلان هذا الحكم لاحتمال انه علق من زوج آخر بعد الطلاق بخلاف ما اذا جاءت به لستة اشهر من وقت التزوج فقد جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق

الطلاق فتيقنا بقيام الولد في البطن وقت الطلاق فبعد ذلك اما ان يكون منه او من غيره فجعلنا العلوق منه احتياطا لامر النسب اذ لو جعلنا هذا من علوق قبل النكاح من زوج آخر وذلك الزوج ليس بمعلوم كان فيه اضاعة الولد وابطال النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث الظاهر واحالة الولد الى ابعد الاوقات وذلك لا يجوز فجعلناه منه واما المهر فلما ذكره في الكتاب وهو واضح وفي رواية عن ابي يوسف رحمه الله وهو القياس يلزمه مهر ونصف اما النصف فبالطلاق قبل الدخول واما المهر فبالدخول وقوله ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية ظاهر وقوله ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك قيل عليه ينبغي ان يصير مراجعا لان الوطئ ههنا حلال فاحيل العلوق الى اقرب الاوقات وهي حالة العدة فتثبت به المراجعة واجيب بان في ذلك حمل امره على خلاف السنة لانه يصير مراجعا لها بدون الاشهاد بالفعل فاحيل العلوق الى قبل الطلاق صيانة لحاله وفيه نظر لانه لا يصح حينئذ قوله فلا يصير مراجعا بالشك وانما يجب ان يقول لا يصير مراجعا لدلالة الدليل على كون الوطئ قبل الطلاق وقوله لان العلوق بعد الطلاق اذا لولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين والظاهر انه منه والا لزم الزنا وهو منتف حملا لحالها على الصلاح قيل لا يلزم انه لو لم يكن منه كان من الزنا لجواز انها تزوجت بعد انقضاء العدة زوجا آخر لا يقال الفرض فيما اذا لم يتزوج لانا نقول الغرض انه لم يطأها في العدة اذ لو وطئها لثبتت الرجعة من غير تقرير هذا التكلف واجيب بانه نعم كذلك الا ان الحكم بابقاء النكاح الاول عند الاحتمال اسهل من الحكم بانشاء نكاح آخر فيجب القول به قال في النهاية الى هذا اشار فخر الاسلام رحمه الله في مبسوطه وفيه نظر لانه غير واقع بل هو التزام السؤال والصواب في الجواب ان المراد بقوله لانتفاء الزنا منها لازمه وهو تضييع الولد فان الزنا ملزوم لتضييع الولد فيكون ذكر الملزوم وارادة اللازم وهو مجاز وحينئذ يندفع السؤال لانا ان جعلنا الولد من نكاح شخص آخر مجهول بقي

الولد ضائعا فكانه قال لانتفاء التضييع منهما بالزنا او بما في معناه فيه **قوله** والمبتوتة يثبت نسب ولدها منه اذا ولدت المبتوتة لاقل من سنتين يثبت نسب ولدها منه لاحتمال ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا وان ولدت لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق والا لزاد اكثر مدة الحمل على سنتين وهو باطل فلا يكون منه لان وطئها حرام وقوله الا ان يدعيه استثناء من قوله لم يثبت يعني انه اذا ادعاه يثبت النسب منه وان جاءت به لاكثر من سنتين ثم هل يحتاج فيه الى تصديق المرأة فيه روايتان وقوله لانه التزمه اي التزم النسب عند دعواه وله وجه شرعي بان وطئها بشبهة في العدة والنسب يحتاط في اثباته فيثبت فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى تأتي به لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يثبت النسب منه الى سنتين لانها معتدة يحتمل ان يكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة وبيان الاحتمال ما قيل ان الكلام في المراهقة المدخول بها وهي تحتمل الحبل ساعة فساعة فتحتمل ان تكون حاملا وقت الطلاق فيكون انقضاء عدتها بوضع الحمل ويحتمل انها حبلت بعد انقضاء العدة بثلثة اشهر واذا كان كذلك كانت كالبالغة اذا لم تقر بانقضاء عدة يثبت نسب ولدها الى سنتين وانما قال ولم تقر بانقضاء العدة لانها اذا اقرت بانقضاء العدة بثلثة اشهر ثم جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار يثبت النسب لظهور بطلان اقرارها فصارت كانها لم تقر بانقضائها فيثبت النسب ولهما ان لانقضاء عدتها جهة معينة وهو الاشهر لانا عرفناها صغيرة بيقين وما عرف كذلك لا يحكم بزواله بالاحتمال فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء اقرت به او لم تقر وهو اي حكم الشرع في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله فلو اقرت بانقضاء العدة ثم ولدت لستة اشهر لم يثبت النسب فكذا اذا حكم الشرع بالمضي

بالمضي واعترض بالكبيرة المتوفى عنها زوجها فان لانقضاء عدتها جهة معينة وهي مضي اربعة اشهر وعشر ما لم يكن الحبل ظاهرا ثم هناك يثبت النسب الى سنتين عند علمائنا الثلثة رحمهم الله ولا يحكم بالانقضاء بالاشهر هناك لاحتمال الانقضاء بالوضع في المآل وما نحن فيه لم يكن كذلك والجواب سيأتي عند قوله الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى وان كانت الصغيرة مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يعني ان ولدت لاقل من تسعة اشهر يثبت النسب والا فلا وعند ابي يوسف رحمه الله يثبت النسب الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا في آخر العدة وهي ثلثة اشهر ثم تأتي به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحمل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لانها اعرف بامر عدتها فيحكم باقرارها ببلوغها فيثبت نسب ولدها لاقل من سنتين في الطلاق البائن ولاقل من سبعة وعشرين شهرا في الرجعي وقوله ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ظاهر وقوله الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى حاصله ان في كل من الحامل والصغيرة امضينا الحكم على الاصل ولكن الاصل في الموضعين قد اختلف فكذلك اختلف الحكم الذي ينبني عليه ايضا وذلك لان الاصل في الكبيرة الاحبال فلم يعتبر في حقها تعيين جهة العدة بالاشهر والاصل في الصغيرة عدم الاحبال فلذلك اعتبرنا في حقها تعيين جهة العدة بالاشهر لا يقال الاصل في الكبيرة ايضا عدم الاحبال لانا نقول ذلك في حق غير المنكوحة فاما النكاح فلا يعقد الا للاحبال وقوله وفيه اي في البلوغ شك والصغر كان ثابتا بيقين فلا يزول بالشك واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد ظاهر وقوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فاذا اعترفت المعتدة باطلاقه حيث لم يقيد بمعتدة دون اخرى يتناول كل معتدة يعني سواء كانت معتدة من طلاق رجعي او بائن بالاشهر او بالحيض قيل ذكر المرغيناني وقاضيخان رحمهما الله ان الآئسة لو اقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد

لاقل من سنتين يثبت نسب ولدها فلم يتناول كل معتدة الا ان يأول كل معتدة بغير الآئسة وهذا مخالف لما نقل عن الامام فخر الاسلام وغيره في شرح الجامع الصغير ان الآئسة اذا اقرت بانقضاء العدة مفسرا بثلثة اشهر او مطلقا في مدة تصلح لثلثة اقراء ثم ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار يثبت النسب والافلا **قوله** واذا ولدت المعتدة ولدا اذا ولدت المعتدة عن طلاق بائن اورجعي ولدا وقد انكر الزوج لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة رحمه الله مالم يشهد بولادتها رجلان او رجل وامرأتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بلا شهادة وقالا يثبت في جميع ذلك بشهادة امرأة واحدة لان الفراش وهو تعيين المرأة لماء الزوج بحيث يثبت منها نسب كل ولد تلده قائم لقيام العدة وهو اي قيام الفراش ملزم للنسب فلا حاجة الى اثباته فانما الحاجة الى تعيين الولد وهو يحصل بشهادة امرأة واحدة كما في حال قيام النكاح او ظهور الحبل او اقرار الزوج ولابي حنيفة رحمه الله القول بالموجب يعني سلمنا ان الفراش يكون قائما لقيام العدة ولكن العدة ههنا ليست بقائمة لانها تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي لا يصلح حجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء بالقضاء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان النكاح قائما او الحبل ظاهرا او الاعتراف به من الزوج صادرا لان النسب اذ ذاك ثابت قبل الولادة فلايحتاج الى اثباته وانما الحاجة الى التعيين وذلك يثبت بشهادتها قيل لا يحل نظر الرجل الى العورة فما وجه اشتراط شهادة الرجال واجيب بان النظر لا يلزم بل اذا دخلت بيتا بين الشهود وهم يعلمون ان ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد كفى لجواز اداء الشهادة واذا ولدت المعتدة عن وفاة قبل تمام سنتين ولدا وصدقها اي اقربه جميع الورثة او جماعة منهم يقطع الحكم بشهادتهم كرجلين او رجل وامرأتين منهم فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم اما في حق النسب بالنسبة

بالنسبة الى غيرهم فهل يثبت اولا قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة كما ذكرنا وهم عدول يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل يشترط لفظ الشهادة وقيل لا يشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما يثبت تبعا لا تراعى فيه الشرائط كالعبد مع المولى والجندي مع السلطان في حق الاقامة وقوله اذا تزوج الرجل امرأة ظاهر وقوله واللعان انما يجب بالقذف جواب عما يقال اللعان ههنا انما يجب بنفي الولد والولد يثبت بشهادة القابلة فيكون اللعان ثابتا بشهادة القابلة وهي لا تجوز لان اللعان في معنى الحد والحد لا يثبت بشهادة النساء ووجهه ان اللعان يجب بالقذف والقذف موجود لان قوله ليس مني قذف لها بالزنا معنىً والقذف لا يستلزم وجود الولد فانه يصح بدونه فلم يعتبر الولد الثابت بشهادة القابلة وانما اضيف اللعان الى القذف مجردا عنه فان ولدت المرأة ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت هي منذ ستة اشهر فالقول قولها وهو ابنه لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح واعترض بوجهين احدهما ان المرأة تسند العلوق الى زمان سابق والزوج ينكره فيكون القول قوله والثاني ان الظاهر شاهد له ايضا لان النكاح حادث والاصل في الحوادث ان تضاف الى اقرب الاوقات واجيب عن الاول بانه معارض بان الزوج يدعي اسناد العلوق الى زمان يسبق النكاح وهي تنكره فيكون القول قولها وعن الثاني بان النسب مما يحتاط في اثباته فاذا تعارض الظاهران فيه ترجح المثبت على ان ظاهر حالها يتأيد بظاهر حاله من حيث انه لا يباشر النكاح بصفة الفساد فان نكاح الحبلى فاسد وهل تحرم على الزوج بهذا الكلام ينبغي ان لا تحرم فان قيل وجب ان تحرم لان هذا اقرار منه بتزوجه وهي حبلى فصار كما اذا ادعى انه تزوجها بغير شهود اجيب بالفرق بينهما من وجهين احدهما ان النكاح بغير شهود فاسد لا محالة ونكاح الحبلى ليس كذلك لجواز ان يكون الحمل من الزنا والثاني انه وان اقر بالحرمة الا ان الشرع كذبه في ذلك حيث اثبت النسب منه

والاقرار اذا قابله تكذيب من جهة الشرع يبطل وقوله ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف يعني الاختلاف المذكور في الاشياء الستة وقوله واذا قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق ظاهر وقوله فيما يبتني عليها وهو الطلاق يعني ان الطلاق حكم متعلق بالولادة وشهادة القابلة حجة في اثبات الولادة فكذلك فيما يتعلق بها ضمنا وكم من شئ يثبت ضمنا لا يثبت قصدا ولابي حنيفة رحمه الله ان دعواها ليست الطلاق حتى يثبت في ضمن الولادة بشهادتها وانما دعواها حنثه في يمينه والحنث ليس من ضرورات الولادة فلا يثبت الا بحجة كاملة سلمنا ان دعواها الطلاق لكن لا يمكن اثباته بشهادتها ضمنا لان شهادتهن ضرورية في حق الولادة لعدم حضور الرجال عندها فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها ولقائل ان يقول كلامنا في الطلاق المعلق بالولادة والمعلق بشئ لازم من لوازمه والولادة تثبت بشهادتها والشئ اذا ثبت يثبت بجميع لوازمه وقوله وان كان الزوج قد اقر بالحبل يعني اذا اقر الزوج بالحبل ثم علق طلاقها بالولادة فقالت المرأة ولدت وكذبها الزوج فان الطلاق يقع عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وعلى هذا الاختلاف اذا كان الحبل ظاهرا ثم علق الطلاق لهما انها ادعت الحنث فلا بد لها من حجة وشهادتها فيه حجة على ما بينا في المسئلة الاولى وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه الحبل وهو الولادة ولان اقراره بحبلها اقرار بكونها مؤتمنة والقول قول المؤتمن في دعوى رد الامانة وهذا يرشدك الى ان وجود الشرط انما يستلزم وجود الجزاء عنده اذا كان وجود الشرط بدليل يمكن ان يكون دليلا على الجزاء عند افراده عن الشرط والاقرار كذلك بخلاف شهادة القابلة في المسئلة الاولى فيامح منه جواب الاعتراض هناك الله اعلم

قوله واكثر مدة الحمل سنتان اكثر مدة الحمل سنتان لقول عايشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل اي بقدر ظل مغزل حالة الدوران ١
والغرض تقدير المدة فان ظل المغزل حالة الدوران اسرع زوالا من سائر الظلال ورواية

ورواية المبسوط والايضاح وبعض نسخ الكتاب ولو بفلكة مغزل اي ولو بقدر فلكة مغزل والمعنى هوما في الرواية الاخرى والظاهر ان عايشة رضي الله عنها قالته سماعا لان العقل لايهتدي الى معرفة المقادير وانما قدم بيان اكثر المدة على اقلها اهتماما بذكره لكونه مختلفا فيه

واقله ستة اشهر لقوله تعالى وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ثم قال وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ فبقي للحمل ستة اشهر وهذا تاويل اخرجه ابن عباس رضي الله عنه ذكره في المبسوط فقال روي ان رجلا تزوج امرأة فولدت ولدا لستة اشهر فهم عثمان رضي الله عنه برجمها فقال ابن عباس رضي الله عنه اما انها لوخاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم قال الله تعالى وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا وقال وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ فاذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل الا ستة اشهر فدرأ عثمان رضي الله عنه الحد عنها واثبت النسب من الزوج قال صاحب النهاية وهذا التقرير اي الذي ذكرههنا في تاويل الآية مخالف لما ذكره في الرضاع من هذا الكتاب لانه جعل هناك ثلثون شهرا مدة لكل واحد من الحمل والفصال ثم ظهر المنتقص في حق الحمل وههنا جعل مدتهما جميعا ثم جعل منها للفصال عامان لقوله وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ ومن ضرورته ان يبقى للحمل ستة اشهر واجيب بان استدلاله هناك انما كان بالنظر الى الآية الاولى وههنا بالنظر اليها والى الاخرى وجاز ان تكون الآية نظرا الى ذاتها مفيدة لحكم وبالنظر اليها والى غيرها مفيدة لحكم آخر فتأمل وقال الشافعي رحمه الله يقدر الاكثر باربع سنين واحتج على ذلك بحكايات مثل ان محمد بن عجلان مولى فاطمة بنت الوليد بن عقبة بقي في بطن امه اربع سنين وكذلك هرم بن حبان فسمي هرما لذلك والضحاك بن مزاحم هكذا فسمي ضحاكا لانه ضحك حين ولد وغيرهم والحجة عليه ما رويناه عن عايشة رضي الله عنها والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدي اليه اي الى مقدار مدة ما في الرحم قوله ومن تزوج امة فطلقها يعني بعد الدخول ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والافلا لانه في الوجه الاول

يعني اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء
لانها ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الشراء ونسب ولد المعتدة يثبت بلا دعوة
لقيام الفراش حكما وفي الوجه الثاني يعني فيما اذا جاءت به لستة اشهر واكثر من وقت
الشراء ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب الاوقات واقربها وقت كونها مملوكة
فلا يثبت الا بالدعوة قال المصنف رحمه الله هذا اذا كان الطلاق بائنا او خلعا او رجعيا
اما اذا كان اثنين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت حرمة غليظة
فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشراء لان الامة تحرم حرمة غليظة بتطليقتين
فلا يحل له ان يطأها بملك اليمين واذا لم تحل لا يقضى بالعلوق من اقرب الاوقات
بل من ابعدها حملا لامور المسلمين على الصلاح وابعد الازمان هو ما قبل الطلاق فيلزمه
الولد اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق واما اذا كان الطلاق واحدا يحل له
وطئها بملك يمين فيضاف الولد الى اقرب الاوقات فحينئذ كان ولد الامة فلا يثبت نسبه
بغير دعوة فان قيل وجب ان تنكشف الحرمة بملك اليمين وان كانت الحرمة غليظة
تمسكا بقوله تعالى وَالَّذِينَهُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ اِلَّا عَلَى اَزْوَاجِهِمْ اَوْمَا مَلَكَتْ اَيْمَانُهُمْ
اجيب بانه وجب ان لا تنكشف تمسكا بقوله تعالى فَاِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتّٰى تَنْكِحَ
زَوْجًا غَيْرَهُ والطلقة الثانية في الاماء بمنزلة الثالثة في الحرائر والمحرم اقوى ومن قال
لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة على الولادة فهي ام ولده لان سبب
ثبوت النسب وهو الدعوة قد وجد من المولى بقوله فهو مني وانما الحاجة الى تعيين الولد
وهو يثبت بشهادة القابلة بالاجماع هذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار
فان ولدت لستة اشهر فصاعدا لا يلزمه لاحتمال انها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى
مدعيا هذا الولد بخلاف الاول فانا تيقنا ثم بقيام الولد في البطن وقت القول فصحت
الدعوى وقوله ومن قال لغلام هو ابني واضح واعترض بانه ينبغي ان لا يكون لها الميراث

الميراث في الاستحسان ايضالان هذا النكاح يثبت اقتضاء فيثبت بقدر الضرورة وهو تصحيح النسب دون استحقاق الارث واجيب بان النكاح على ماهو الاصل ليس بمتنوع الى نكاح هو سبب لاستحقاق الارث و نكاح ليس سببا له فلماثبت النكاح بطريق الاقتضاء يثبت ماهو من لوازمه التي لا تنفك عنه شرعا وانما قال على ماهوالاصل لئلا يرد نكاح الكتابية والامة لانه من العوارض ورد بانا لا نسلم ثبوت النكاح بالاقتضاء لان المقتضى انما يصح لتصحيح المقتضي لا محالة والمقتضى ههنا وهو النسب يصح بلا ثبوت المقتضي وهو النكاح بان يكون عن وطئ بشبهة اوان يكون الولد ولد ام الولد فلم يفض ثبوت النسب الى النكاح لا محالة وهذا سؤال فاسدنشأ من عدم فهم وجه الاستحسان فانه قال المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية فلا يمكن ان يكون ام ولد وقال والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة وحينئذ لايكون عن وطئ بشبهة وهوظاهر والله اعلم بالصواب *

باب حضانة الولد ومن احق به

مناسبة هذا الباب لباب ثبوت النسب ظاهرة لا تحتاج الى بيان واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لماروى عمر بن شعيب عن ابيه عن جده ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان ولدي هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انت احق به مالم تتزوجي ولان الام اشفق عليه لزيادة اتصاله بها حيث يقص منها بالمقص واقدر على الحضانة بلزومها البيت فكان في التفويض اليها زيادة مرحمة بمن هو مظنتها واليه اشار ابو بكر الصديق رضي الله عنه روي ان عمر رضي الله عنه خاصم ام عاصم بين يدي ابي بكر الصديق رضي الله عنه لينزع العاصم منها فقال له ابو بكر رضي الله عنه ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله والصحابة حاضرون متوافرون ولم ينكر

احد والنفقة على الاب على ما سيجئ وقوله ولا يجبر الام عليه اي على اخذ الولد اذا ابت او لم تطلب كما ذكره الا ان لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الام فتجبر على حضانته لئلا يفوت حق الولد اذ الاجنبية لا شفقة لها عليه فان لم تكن له ام بان ماتت اوتزوجت باجنبي فانها كالمعدومة حينئذ فام الام وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات لما ذكرنا من وفور شفقتهن فمن كانت تدلي اليه بام فهي اولى ممن تدلي باب ويستوي في ذلك المسلمة والكافرة لان حق الحضانة باعتبار الشفقة وذلك لا يختلف باختلاف الدين على ما قيل كل شئ يحب ولده حتى الحبارى فان لم تكن له ام الام بالتفسير المار فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات وهذه الولاية بالامومة ولهذا اي ولكون الجدة من الامهات تحرز ميراث الامهات السدس ولانها اوفر شفقة للولاد اي لاجل الولاد فان لم تكن له جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن فى الميراث وهذا رواية كتاب النكاح اعتبارا بقرب القرابة والاخت اقرب لانها ولد الاب والخالة ولد الجد وقال في كتاب الطلاق الخالة اولى من الاخت لاب اعتبارا بالمدلى به فان الخالة تدلي بالام وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الخالة والدة وقد قيل في تفسير قوله تعالى وَرَفَعَ أَبَوَيْهِ عَلَى الْعَرْشِ انها كانت خالته وقوله وتقدم الاخت لاب وام ظاهر ومعناه ان ذات قرابتين تترجح على ذات قرابة واحدة لما فيها من زيادة الشفقة قال فى النهاية ويجوز الترجيح بما لا يكون علة للاستحقاق الا يرى ان الاخ لاب وام مقدم فى العصوبة على الاخ لاب بسبب قرابة الام وقرابة الام ليست بسبب الاستحقاق والعصوبة لها كذا فى المبسوط والجامع الصغير لقاضيخان رحمه الله وفيه نظر لان قرابة الام ليست بسبب الاستحقاق والعصوبة لها اصلا بخلاف قرابة الاب فى استحقاق الحضانة فان لها ذلك عند عدم قرابة الام **قوله** وكل من تزوجت

تزوجت من هؤلآء سقط حقها فيها اذا تزوجت لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم انت احق به ما لم تتزوجي ولان حق الحضانة للنظر للصغير وقد فات عند التزوج لان زوج الام اذا كان اجنبيا يعطيه نذرا اي قليلا وينظر اليه شزرا اي نظر المبغض فلا نظر له اذ ذاك الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه فينظر له وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم من الولد كالعم اذا تزوج بام الولد لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال فان لم يكن للصبي امرأة من اهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم به اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه في باب الميراث وولاية الانكاح فان اجتمع اخوة لاب وام فاصلحهم دينا وورعا احق بها لان ضمه اليه انفع لانه يتخلق باخلاقه فان تساووا فاكبرهم سنا احق به لان حقه اسبق ثبوتا فعند التعارض يترجح به كذا في المبسوط غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم عند وجود محرم غير عصبة كالخال بل تدفع الى الخال تحرزا عن الفتنة كذا روي عن محمد رحمه الله وذكر امام التمرتاشي رحمه الله فان لم يكن واحد من العصبة تدفع الى الاخ لام عند ابي حنيفة رحمه الله ثم الى ذوي الارحام الاقرب فالاقرب وقال محمد رحمه الله لا حق لذكر من قبل النساء والتدبير للقاضي يدفع الى ثقة تحضنت وقوله والام والجدة احق بالغلام واصح وذكر رواية الجامع الصغير لزيادة لفظ يستغني وحذف لفظ يستنجي وذكر ان المعنى واحد وهو ظاهر وقوله اعتبارا للغالب يعني ان الصبي في الغالب اذا بلغ سبع سنين يستغني عن الحضانة والتربية فحينئذ يستنجي وحده وقوله تحتاج الى معرفة اداب النساء كالغزل والطبخ وغسل الثياب ونحوها والمرأة على ذلك اقدر من الرجل وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين بالتزويج وولاية التزويج الى الاب والى الحفظ عن وقوع الفتنة والاب فيه اقوى واهدى لان بالرجال من الغيرة ما ليس بالنساء فيتمكن الاب من حفظها على وجه لا تتمكن الام من ذلك وروى هشام عن محمد رحمهما الله انها اذا بلغت حد الشهوة تدفع الى

الاب لتحقق الحاجة الى الصيانة وحد الشهوة ان تبلغ احدى عشر سنة في قولهم كذا في النهاية وقال الفقيه ابوالليث رحمه الله حد الشهوة ان تبلغ تسع سنين وقيل اذا بلغت ستة سنين اوسبع سنين اوثمان ان كانت عبلة وقوله ومن سوى الام والجدة يعني اذا كانت الصغيرة عند الاخوات اوالخالات اوالعمات فانها تترك عندهن الى ان تبلغ حدا تشتهى على رواية القدوري وحتى تستغني على رواية الجامع الصغير فتأكل وحدها وتلبس وحدها لانها وان كانت تحتاج الى تعلم آداب النساء لكن فيه نوع استخدام الصغيرة وليس لغيرالام والجدتين ولاية الاستخدام ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود وهو التعليم بخلاف الام والجدة لقدرتهما على الاستخدام شرعا والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق ليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم بان كان زوجها مسلما ما لم يعقل الاديان او يخاف بالرفع على الاستيناف وبالجزم عطفا على يعقل ان يألف الكفر لان الدفع اليها قبل ذلك انظر للصبي وبعده يحتمل الضرر بانتقاش احوال الكفر في ذهنه ولا خيار للغلام والجارية يعني بين الابوين وقال الشافعي رحمه الله لهما ذلك اذا بلغ سن التمييز ويسلم الى من اختاره فان اختار الاب لا يمنع من الزيارة فان اختار الام فعلى الاب مراعاته وتسليمه الى المكتب والحرفة لان النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين الابوين روى رافع بن سنان رضي الله عنهما انه اسلم وابت امرأته عن ان تسلم فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهوفطيم وقال رافع ابنتي فقال النبي صلى الله عليه وسلم له اقعد ناحية وقال لها اقعدي ناحية فاقعد الصبية بينهما فقال ادعوها فمالت الصبية الى امها فقال النبي صلى الله عليه وسلم اللهم اهدها فمالت الى ابيها فاخذها ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة اي الخفض والراحة وكلامه واضح ولكن قوله

قوله او يحمل على ما اذا كان بالغا وفيه نظر لان المذكور في القصة الصبية وقال ابنتي وهو فطيم فكيف يصح حمله على ما اذا كان بالغا والجواب ان المصنف رحمه الله قال خير ولم يقل غلاما ولا غيره ليتناول ما روينا وما روي انه صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين الابوين من غير ذكر ما يدل على الصغر فاول المصنف رحمه الله الاول بقوله فلما قد قال صلى الله عليه وسلم الى آخره والثاني بقوله او يحمل على ما اذا كان بالغا *

فصل

لما فرغ من بيان من له الحضانة بين ما يفعله من الاخراج الى القرى وغيره في فصل على حدة واذا ارادت المطلقة بعد انقضاء العدة ان تخرج من المصر فذلك على اربعة اقسام اما ان تخرج الى وطنها وقد وقع العقد فيه واما ان تخرج الى ما ليس بوطنها ولم يقع العقد فيه واما ان تخرج الى وطنها ولم يقع العقد فيه واما ان تخرج الى غير وطنها وقد وقع العقد فيه فهي الاقسام العقلية فان اتفق امران جميعا بان تخرج الى وطنها وقد وقع العقد فيه جاز والا فلا كما ذكر في الكتاب وقوله لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا دليل المستثنى وقوله ولهذا يصير الحربي اي الشخص الحربي ذكرا كان او انثى به اي بالتزوج في بلدة ذميا قال في النهاية وهذا وقع غلطا لان المصنف رحمه الله ذكر في السير وذكر ايضا في سير سائر الكتاب اذا تزوج المستأمن ذمية لا يصير ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع واجيب بان الضمير في به راجع الى التزام المقام وفيه نظر لانه يؤل الى ان يقال انه بالتزوج في بلدة التزم المقام وبالتزام المقام يصير الحربي ذميا ويلزم منه انه بالتزوج في بلد يصير الحربي ذميا فعاد المحذور وان لم يجعل متعلقا بذلك ينقطع الكلام عما قبله ولا يبقى له اتصال بمحل البحث فلا يليق ذلك بمثل المصنف رحمه الله وغير بعضهم لفظ الحربي الى الحربية ويجوز ان يقال لا حاجة الى

تغيير اللفظ لجواز ان يكون الحربي صفة لشخص كما قررنا في اول البحث وحينئذ تراد به الحربية ولكن ذكره بتاويل الشخص وبهذا يخرج عن كونه غلطا اي كونه ملبسا ومنهم من جعل من باب القياس والاستحسان فجعل ماذكرههنا وجه القياس لان التزوج في بلدة يصلح دليلا على التزام المقام فيه شرعا وعرفا لا سيما اذا كانت المرأة ممنوعة عن الخروج عن تلك البلدة وماذكر في السير وجه الاستحسان لان التزوج وان صلح دليلا على التزام المقام كتزوج الحربية الذمي الا ان قبول الحربية الموجب للذل والصغار مانع ورد بان هذا القياس والاستحسان غير منقول عن السلف فلا يصلح بناء الجواب على ذلك واجاب شيخ شيخي العلامة عبد العزيز بانه لما وجد معنى القياس والاستحسان لا وجه الى المنع من اطلاق الاسم عليهما واقول ان يثبت في الحربي تزوج في بلد المسلمين ان يصير به ذميا رواية ان صح استخراج وجه القياس والاستحسان والا فلا وقوله في الكتاب يريد به القدوري ووجه كل ما في القدوري والجامع الصغير ماذكره في الكتاب وهو واضح واما في عكس هذه المسئلة وهي ان تخرج الى وطنها ولم يكن العقد بها فليس لها ان تنتقل بالاولاد اليها باتفاق الروايات واما القسم الآخر وهو ما لا يكون وطنها ولا وقع العقد فيه فقد اقتصر من ذكره لظهوره من الاقسام الباقية وقوله والحاصل ظاهر مما ذكرنا قال صاحب النهاية بعد وجود هذين الوصفين لابد من وصف آخر وهو شرط فيه ايضا وهو ان لا تنتقل الى دار الحرب وان كانت وطنها ووقع العقد فيها وفيه نظر لان الحربية بالتزوج في دار الاسلام تصير ذمية فانى تيسر (ان) اي تيسر لها الانتقال اليها والجواب ان مراده مسلم عقد على مسلمة في وطنها دار الحرب فوقعت الفرقة فيما بينهما فارادت الخروج الى دار الحرب بولدها لم تمكن منه الباقي ظاهر *

باب

باب النفقة

لما فرغ من بيان حق حضانة الولد ومن لها الحضانة احتاج الى بيان النفقة ومن تجب عليه ثم استطرد بذكر ما يحتاج اليه من السكنى وغيره والنفقة اسم بمعنى الانفاق وهو عبارة عن الادرار عن الشيء بما به يقوم بقاؤه ونفقة الشخص على غيره تجب باسباب منها الزوجية ومنها النسب ومنها الملك وفتح الباب بنفقة الزوجات لان الزوجية اصل النسب فتقدم عليه والنسب اقوى من الملك لان النفقة على الولد كالانفاق على نفسه لكونه جزء منه وكذا على الوالدين **قوله** النفقة واجبة للزوجة النفقة واجبة على الزوج للزوجة مسلمة كانت او كافرة اذا اسلمت نفسها الى منزله قال في النهاية هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية فانه ذكر في المبسوط وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد النفقة واجبة لها وان لم تنتقل الى بيت الزوج الا يرى ان الزوج وان لم يطلب انتقالها الى بيته كان لها ان تطالبه بالنفقة وقال في الايضاح وهذا لان النفقة حق المرأة والانتقال حق الزوج فاذا لم يطالبها بالنقلة فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان حقها والاصل في ذلك اي في وجوب النفقة قوله تعالى لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ امر بالانفاق والامر للوجوب وقوله تعالى وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ اي بالوسط وقال الزجاج في تفسيره بما يعرفون انه العدل على قدر الامكان وكلمة على للوجوب وقوله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع اوصيكم بالنساء خيرا فانهن عندكم اعوان اتخذتموهن بامانة الله فاستحللتم فروجهن بكلمة الله وان لكم عليهن ان لا يوطئن فرشكم احدا وان لا يأذن في بيوتكم لاحد تكرهونه فاذا فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح وان لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس وكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله القاضي والعامل في الصدقات ونوقض بالرهن فانه محبوس بحق

مقصود للمرتهن وهو الاستيثاق ونفقته ليست عليه بل على الراهن واجيب بان الرهن محبوس لحق الراهن ايضا وهو كونه موفيا دينه عند الهلاك فلهذا لم تجب النفقة على المرتهن وهذه الدلائل يعني التي ذكرها من الكتاب والسنة لا فصل فيها فتستوي فيها المسلمة والكافرة فيعتبر في ذلک حالهما هذا لفظ القدوري قال المصنف رحمه الله وهذا اي اعتبار حالهما في ذلک اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره اى تفسير قول الخصاف وهو على اربعة اقسام قسمة عقلية اما ان يكونا موسرين اومعسرين او الزوج موسر والزوجة معسرة او بالعكس من ذلک ففي الاول تجب نفقة اليسار وفى الثاني نفقة الاعسار وفى الثالث نفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات اذا كان الزوج يأكل الحلواء واللحم المشوي والباجات والمرأة كانت في بيتها تأكل خبز الشعير لا يؤخذ الزوج بان يطعمها ما يأكل بنفسه ولا ما كانت المرأة تأكل في بيتها ولكن يطعمها فيما بين ذلک ويطعمها خبز البر وباجة اوباجتين ولم يذكر المصنف رحمه الله القسم الرابع لانه يعلم من القسم الثالث فان الخصاف ذكر في كتابه تفرض لها نفقة صالحة يعني وسطا فيقال له تكلف ان تطعمها خبز البر وباجة اوباجتين كيلا يلحقها الضرر ولم يزد على ما فهم من القسم الثالث من توسيط الحال وقال في ظاهر الرواية يقول لما زوجت نفسها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسرين فلا تستوجب على الزوج الا بحسب حاله وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي رحمه الله وهو ظاهر الرواية عن اصحابنا رحمهم الله والدليل عليه قوله تعالى لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ اعتبر حال الرجل فى الحالتين جميعا وامره بالانفاق فلا مصير الى غيره وجه الاول يعني قول الخصاف فى اعتبار حالهما قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة ابي سفيان روى البخاري باسناده الى عايشة رضي الله عنها ان هندا بنت عيينة قالت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما اخذت منه وهو لا يعلم فقال صلى الله عليه وسلم خذي

خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف فعتبر حالها ولقائل ان يقول هذا الدليل
غير مطابق للمدعى لان المدعى هو الاعتبار بحالهما والحديث يدل على اعتبار حالها على
ما صرح به الشيخ ويمكن ان يجاب عنه بان المحتاج اليه هو بيان اعتبار حالها واما اعتبار حاله
فالآية تدل عليه والخصم يقول به فان الآية تدل على اعتبار حاله والحديث على اعتبار حالها
فوجب الجمع بينهما بان يكون حاله معتبرا من وجه وحالها كذلك فان قيل هذا على تقدير
التعارض والحديث لا يعارض الآية لكونه من الآحاد فالجواب ان الحديث تفسير لقوله تعالى
وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين فيجمع بينهما
قال المصنف رحمه الله اختيار امنه لقول الخصاف وهو اي اعتبار حالها هو الفقه فان النفقة
تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة يعني على كفايتها ناظرا
الى الزوج واجاب عن قوله تعالى لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ بقوله ونحن نقول بموجب النص
بانه مخاطب ان ينفق بقدر وسعه لئلا يلزم التكليف بما ليس في الوسع لكن ان زاد كفايتها
على ما في وسعه يكون الباقي دينا في ذمته عملا بالدليلين كما مر ولا يؤذيه مع العجز
وقوله معنى قوله بالمعروف الوسط اشارة الى ما قدمنا ان تفسير قوله تعالى وكسوتهن بالمعروف
الوسط ليكون جوابا عن قول الخصم انه تعالى قال وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ اعتبر الرجل وقال
بالمعروف اشارة الى ان لا يزاد على ما في سعه ان كانت حالها تقتضيه وجه كونه جوابا انه
اذا كان مفسرا بالوسط فالوسط هو الذي يكون بين حال الرجل وحال المرأة وهو الواجب
وقوله وبه اي بقوله صلى الله عليه وسلم لهند خذي من مال زوجك ما يكفيك تبين انه
لا معنى لتقدير كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله انه على الموسر مدان وعلى المتوسط
مد ونصف وعلى المعسر مد لان ما وجب كفاية لا يتقدر في نفسه شرعا لانها مما يختلف
فيها احوال الناس بحسب الشباب والهرم وبحسب الاوقات والاماكن ففي التقدير
قد يكون اضرار **قوله** فان امتنعت عن تسليم نفسها ان امتنعت المرأة عن تسليم نفسها

قبل الدخول اوبعده على قول ابي حنيفة رحمه الله فاما ان يكون الامتناع بحق مثل ان تطلب المهر المعجل اولا فان كان الاول فلها النفقة لان كل واحد من المهر والنفقة حق من حقوقها فمطالبة احدهما لا تسقط الآخر وان كان الثاني فهي ناشزة لان الناشزة هي الخارجة من منزل الزوج لانها اذا كانت ساكنة معه فالظاهر ان الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها طوعا اوكرها فلا تبطل النفقة فان كان المنزل ملكا لها وهو يسكن معها فمنعته من الدخول عليها فهو بمنزلة الخروج من بيته واذا كانت ناشزة فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوات الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس منها فتجب النفقة فان قيل الدلائل الدالة على وجوب النفقة لا تفصل بين الناشزة وغيرها فما وجه حرمانها عنها فالجواب انا لا نسلم انها لم تفصل لانه تعالى قال وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ وذلك قد يشير الى تسليم النفس لان الولادة بدونه لا تتصور وقوله بخلاف ما اذا امتنعت متصل بقوله لان فوات الاحتباس منها وقوله وان كانت صغيرة لا يستمتع بها اي لا توطأ فلا نفقة لها سواء كانت في منزل الزوج اولم تكن حتى تصير الى الحالة التي تطيق الجماع لان امتناع الاستمتاع انما هو لمعنى فيها والاحتباس الموجب للنفقة وهو ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح وهو الجماع اودواعيه ولم يوجد لان الصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح لدواعيه لانها غير مشتهاة واستشكل بالرتقاء والقرناء ونحوهما فان المقصود المستحق بالنكاح فائت ولهن النفقة واجيب بان الدواعي غير فائتة بان يجامعهن تفخيذا اوغيره بخلاف الصغيرة لما ذكرنا حتى قالوا ان كانت الصغيرة مشتهاة ويمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة وقال الشافعي رحمه الله لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين وهذا لان وجوبها بسبب الحاجة والصغيرة والكبيرة فيها سواء كالمملوكة ولنا ان المهر عوض عن الملك لان العوض هو ما يدخل تحت العقد بالتسمية والداخل تحته هو

هو المهر دون النفقة لئلا يجتمع عوضان عن معوض واحد فاما المهر دون النفقة وقوله
وان كان الزوج صغيرا بيان ذكر العجز عن جانبه وهو ظاهر ولم يذكر حكم العجز من
الطرفين بان كانا صغيرين لا يطيقان الجماع فلو اعتبر جانب الصغير وجبت النفقة كما
في الكبيرة ولو اعتبر جانب الصغيرة لم تجب كما لو كانت صغيرة والزوج كبير قال
في الذخيرة لا نفقة لها لان المنع لمعنى جاء من جهتها واكثر ما في الباب ان يجعل
المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من قبلها قائم ومع قيام المنع من قبلها لا تستحق النفقة وفيه نظر
لان الدليل يفيد القلب وقوله واذا حبست ظاهر وقوله والفتوى على الاول يعني
على ظاهر الرواية فهو ان لا نفقة للمغصوبة فيما مضى وقوله لان فوات الاحتباس
ليس منه ليجعل باقيا تقديرا بيانه ان النفقة عوض عن الاحتباس في بيته فاذا كان
الفوات لمعنى من جهته جعل ذلك الاحتباس باقيا اما اذا كان الفوات لا لمعنى من جهته
فلا يمكن ان يجعل ذلك الاحتباس باقيا تقديرا وبدونه لا تجب النفقة وقوله وكذا
اذا حجت مع محرم يعني بدون الزوج لا تجب النفقة لان فوات الاحتباس منها
وعن ابي يوسف رحمه الله ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر وكلامه واضح وقوله
لما قلنا اشارة الى قوله لانها هي المستحقة عليه وقوله فان مرضت في منزل الزوج على
ما ذكره في الكتاب ظاهر وهو الموعود بقوله قبل هذا بخلاف المريضة على ما نبين وقوله
وفي لفظ الكتاب يعني القدوري ما يشير اليه وهو قوله فان مرضت في منزل الزوج
فانه يشير الى انها سلمت نفسها الى منزل الزوج فمرضت فيه **قوله** ويفرض على
الزوج النفقة لما كان قوله ويفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا مكررا اعتذر بقوله
والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وذكر وجه وجوبها وهو ظاهر واختلفوا في الخادم الذي
يستحق النفقة على الزوج فمنهم من قال المملوك لها حتى لو كانت حرة او لم يكن
مملوكا لها لا يستحق النفقة وهو ظاهر الرواية لان استحقاقها نفقة الخادم انما هو باعتبار

ذلك الخادم فان لم يكن لها خادم لا يستوجبه كالقاضي اذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال ومنهم من قال كل من يخدمها حرة كانت او مملوكة لها اولغيرها يستحق وقوله ولا يفرض لاكثر من خادم واحد ظاهر وقالوا يعني المشائخ رحمهم الله ان الزوج الموسر تلزمه نفقة الخادم واليسار ههنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب وجوب الزكوة وقوله وهو ادنى الكفاية يعني نفقة الخادم غير نفقتها لكن في حق الادام دون الخبز والاعلى الادام اللحم واوسطه الزيت وادناه الملح او اللبن وقوله خلافا لما قاله محمد رحمه الله يعني ما قال محمد رحمه الله ان الزوج اذا كان معسرا وكان لها خادم تجب عليه نفقته لانه اذا كان لها خادم فهذه المرأة لم تكتف بخدمة نفسها فتجب عليه النفقة كما لو كان موسرا وقوله لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية دليل الاصح ومن اعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه اي اشتري الطعام نسية على ان يقضي الثمن من مال الزوج وقال الشافعي رحمه الله يفرق لانه عجز عن الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فان ابى ناب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اولى من الجماع لان انقطاع الاول مدة مهلك دون الثاني وهذا التفريق عنده فسخ لا طلاق ولنا ان حقه بالتفريق يبطل اذ لا يصل اليه الا بسبب جديد وحقها يتأخر لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فيستوفي في الزمان الثاني والاول اقوى في الضرر فيتحمل ادنى الضررين لدفع الاعلى وقوله وفوت المال وهو تابع جواب عن القياس على الجب والعنة وتقريره ان هذا قياس مع الفارق وهو باطل وذلك لان العجز عن النفقة انما يكون عن المال وهو تابع في باب النكاح والعجز عن الوصول الى المرأة بسبب الجب والعنة انما يكون عن المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل ولا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن المقصود جوازها به عن التابع فان قيل لا فائدة في الاذن لها بالاستدانة لها بعد فرض القاضي النفقة لها لانها صارت دينا بفرضه اجاب

اجاب بان فائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها احالة الغريم على الزوج بغير رضاء الزوج واما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج واعلم ان العجز عن النفقة انما تظهر عند حضور الزوج واما اذا كان غائبا غيبة منقطعة ولم يخلف نفقتها فرفعت الامر الى الحاكم الشافعي ففرق بينهما قال مشائخ سمرقند رحمهم الله جاز تفريقه لانه قضى في فصلين مجتهد فيهما في التفريق بالعجز عن النفقة وفي القضاء على الغائب وقال صاحب الذخيرة الصحيح انه لا يصح قضاؤه لان العجز لا يعرف في حال الغيبة لجواز ان يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز عنه فان رفع هذا القضاء الى قاض فامضاه فالصحيح انه لا ينفذ لان هذا القضاء ليس في فصل مجتهد فيه اذ العجز لم يثبت واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف بحسب الاعسار واليسار وقوله وما قضى به جواب عما يقال ينبغي ان لا يتم لها نفقة اليسار لان فيه نقض القضاء الاول وتقريره ما قضى به تقدير لنفقة لم تجب لان النفقة تجب شيئا فشيئا وتقدير ما ليس بواجب لا يكون لازما لجواز تبدل السبب الموجب قبل وجوبه واذا لم يكن لازما لم يستحكم فيه حكم الحاكم فاذا تبدل حاله جاز لها المطالبة بتمام حقها فكان هذا بمنزلة ابتداء فرض نفقة اليسار على الموسر لان ما لا يكون لازما فلدوامه حكم الابتداء على ما عرف وذلك لا يجوز فلا بد من التغيير وكذلك حكم عكس هذه المسئلة وقوله فاذا مضت مدة ظاهر وقوله على ما مر من قبل يريد قوله ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن المعوض الواحد فان قيل ما تقدم يدل على انها ليست بعوض عن البضع لكن لا ينافي ان تكون عوضا عن الاستمتاع والقيام عليها قلت ينافيه لانه لما صح العقد كان الاستمتاع بها والقيام عليها تصرفا في ملكه وذلك لا يوجب على المالك عوضا فان قيل لو كانت صلة لما وجبت على المكاتب اجيب بانها صلة من وجه وما هذا شأنه يجب على المكاتب كالخراج فاذا ثبت انها صلة لا يستحكم الوجوب

فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح في هذا بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي وقوله بخلاف المهر متصل بقوله وليست بعوض * وان مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة وما كان امرها بالاستدانة عليه ومضت شهور سقطت النفقة وكذلك اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت قبل القبض كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وانما قيدنا بقولنا وما كان امرها بالاستدانة لانه اذا امرها بذلك لم تسقط بموت احدهما لان القاضي لما امرها بذلك كان استدانتها استدانة الزوج لعموم ولايته عليهما ولو استدان بنفسه لم تبطل بالموت فكذا اذا استدانت بحكم القاضي فان قيل القياس على الهبة قبل القبض غير صحيح لانها قبل القبض غير مؤكدة والنفقة بعد القضاء مؤكدة ولا يلزم من جواز سقوط ما ليس بمؤكد جواز سقوط المؤكد اجيب بان معنى الصلة فيها بعد القضاء باق كما كان قبله لان المعنى من الصلة ان يجب المال بمقابلة ما ليس بمال وهذه كذلك فقلنا بسقوطها بعد القضاء بالموت قال في الايضاح انها اذا صارت دينا عليه ولكن معنى الصلة لم يبطل عنه والصلات تبطل بالموت قبل القبض وقوله وقال الشافعي رحمه الله ظاهر وقوله وجوابه قد بيناه اشارة الى ما تقدم من قوله ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلا تكون النفقة عوضا عن البضع **قوله** وان اسلفها نفقة السنة يعني اذا عجل لها نفقة السنة ثم مات او ماتت قبل مضي المدة لم يرجع عليها ولا على تركتها بشيء في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج ان كان قائما وقيمته ان كان مستهلكا وهو قول الشافعي رحمه الله ووجه كل من الجانبين ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله لانه يسير فصار في حكم الحال يعني اذا اخذت النفقة الواجبة في الحال لا يسترد بالموت فكذا لا يسترد ما اذا عجل لها نفقة الشهر وقوله وان تزوج العبد حرة ظاهر قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله فان بيع ثم اجتمع عليه

عليه النفقة مرة اخرى بيع ثانيا وليس في شيء من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد اخرى الا النفقة وهذا لان النفقة يتجدد وجوبها بمضي الزمان فذلك في حكم دين حادث ولا كذلك سائر الديون فلومات العبد سقطت النفقه ولا يؤاخذ المولى بشيء لفوات محل الاستيفاء وكذلك اذا قتل وقوله في الصحيح احترازعن قول الكرخي رحمه الله انها تكون في قيمته قال الشيخ ابو الحسن القدوري رحمه الله الصحيح ان تسقط لانها صلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة انما تقوم مقام الرقبة في دين لم يسقط بالموت لا في دين يسقط به ولم يذكر المدبر والمكاتب اذا تزوجا باذن المولى والنفقة فيهما تتعلق بالكسب وان تزوج الحرامة فبوأها ظاهر وقوله فلا نفقة لها لعدم الاحتباس قيل عليه الاحتباس من المولى لحق له شرعا فكان كاحتباس الحرة لاجل صداقها فينبغي ان لا يسقط واجيب بان الحرة اذا حبست نفسها لصداقها فالتفويت انما جاء من قبل الزوج حين امتنع من ايفاء ما لزمه فاما ههنا فالتفويت ليس من قبل الزوج وقوله والتبوية غير لازمة جواب سؤال تقريره لما بوأها مرة يجب عليه ان يمضي على ذلك ولا ينقضها بالاستخدام وتقرير الجواب التبوية غير لازمة على ما مر في النكاح اي في باب نكاح الرقيق حيث قال اذا بوأها ثم بدا له ان يستخدمها كان له ذلك لان حق المولى لم يزل بالتبوية كما لم يزل بالنكاح وقوله ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها ظاهر وام الولد في هذا اي في عدم وجوب النفقة والمدبرة كالامة ولم يذكر المكاتبة لانها اذا تزوجت باذن المولى فهي كالحرة فلا يحتاج الى التبوية لاستحقاقها النفقة لان منافعها على حكم ملكها لصيرورتها اخص بنفسها وبمنافعها بالعقد الكتابة ولهذا لم يبق للمولى ولاية الاستخدام فكانت كالحرة والله اعلم بالصواب *

فصل

لما فرغ من بيان النفقة شرع في بيان السكنى **قوله** وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة حيث قال أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم اذا وجب السكنى حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة ومن الاستمتاع وكلامه واضح وقوله هو الصحيح احترازعن قول محمد بن مقاتل الرازي رحمه الله فانه يقول لا يمنع المحارم من الزيارة في كل شهر واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية وطلبت الزوجة النفقة فرض القاضي من ذلك المال نفقة زوجته وولده الصغار ووالديه وان لم يعترف به الرجل ولكن علم القاضي ذلك فكذلك لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر بان لها حق الاخذ لان لها ان تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه لحديث هند امرأة ابي سفيان واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لاسيما ههنا فان اقراره اشد قبولا من اقرار صاحب اليد في غير هذا الموضع لتعيين طريق اثبات الحق في اقراره لعدم اثباته بالبينة فانه لو انكر احد الامرين من الزوجية والوديعة لا تقبل بينة المرأة فيه اي في احد الامرين لان اقامتها ان كانت لاثبات الزوجية فالمودع ليس بخصم فيه وان كانت لاثبات الوديعة فالمرأة ليست بخصم في اثبات حقوق الغائب واذا ثبت عليه الحق باقراره على نفسه تعدى الى الغائب لكون ما اقر به ملكه وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا احضر صاحب الدين غريما للغائب او مودعا له وهما معترفان بثبوت دين المدعي على الغائب فان القاضي لا يأمر بقضاء دينه من الوديعة والدين واجيب بان امر القاضي في حق الغائب

الغائب انما هو للنظر له و في الامر بالانفاق على المرأة ذلك ايفاء لملكه وليس في قضاء الدين نظر لان فيه قضاء عليه بقول الغير بازالة ملكه ثم اذا جاز للقاضي ان يأمر المودع بالانفاق عليها بالبينة المحتملة للكذب فلان يجوز بعلمه الذي لا يحتمله اولى وكذا اذا كان المال في يده مضاربة لانه امانة من وجه وكذلك اذا كان دينا وقوله وهذا اي ماذكرنا من جواز فرض القاضي النفقة اذا كان المال من جنس حقها في النفقة دراهم اودنانير اوطعاما اوكان ثيابا من جنس حقها في الكسوة واما اذا كان المال من خلاف جنسه فلا يفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب ههنا بالاتفاق اما عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه لا يباع على الحاضر لان البيع عليه انما يكون بطريق الحجز والحجر على الحر العاقل البالغ عنده غير صحيح فكذا على الغائب بل بالطريق الاولى واما عندهما فلانه ان كان يقضي على الحاضر لانه يعرف امتناعه المشروط في جواز البيع فلا يقضي على الغائب لعدم ذلك **قوله** ويأخذ منها كفيلا نظرا للغائب من بيت المال اذا اعترف به و بالزوجية ينظر القاضي فيحلفها انها ما استوفت النفقة فاذا حلفت دفع اليها النفقة واخذ منها كفيلا لجواز ان يحضر الزوج فيقيم البينة على ايفاء نفقتها فان اتفق ذلك كان الزوج مخيرا في اخذ ايهما شاء من المرأة والكفيل وكلامه واضح ولا يقضي بنفقته في مال غائب الا لهؤلآء يعني زوجة الغائب واولاده الصغار و والديه واما غيرهم من المحارم كالاخوة والاخوات والاعمام والعمات فلا يقضي بنفقتهم فيه ووجه الفرق ماذكره في الكتاب وقوله لانه مجتهد فيه قيل لان الشافعي رحمه الله لا يوجب النفقة لغير الوالدين والمولودين وفيه نظر سيأتي وقوله ولو لم يعلم القاضي بذلك متصل بقوله وكذا اذا علم القاضي بذلك وقوله ولو لم يكن يعني الرجل مقرا به متصل بقوله يعترف به وبالزوجية وقوله فاقامت البينة على الزوجية يعني في الصورتين اذا كان ثم وديعة ولكن ينكر الزوجية اواقامتها ليفرض القاضي نفقة فيما اذا لم يخلف مالا ولم يعلم القاضي

بالزوجية وكلامه واضح وقوله في هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها ومن تلك الاقاويل ماذكروا من قوله اذا جحد المديون او المودع الزوجية بينهما والمال في يده فقد كان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا تقبل بينتها على الزوجية ثم رجع فقال لا تقبل بينتها ومنها اذا لم يكن للزوج الغائب مال حاضر فطلبت المرأة من القاضي ان يسمع بينتها على النكاح ليفرض النفقة على الغائب ويأمرها بالاستدانة لم يجب الى شيء من ذلك لان هذا قضاء على الغائب وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله الآخر وهو قولهما واما قول ابي حنيفة رحمه الله الاول وهو قول زفر رحمه الله يجيبها الى ذلك وهو المذكور في الكتاب وان كان للغائب دين ووديعة وكل من المديون والمودع مقر بالدين والوديعة والنكاح فالقاضي يأمر اولا بالانفاق من الوديعة لان القاضي نصب ناظرا ونظر الغائب في البداءة بالوديعة لانها تحتمل الهلاك بخلاف الدين والله اعلم بالصواب *

فصل

لما فرغ من بيان النفقة والسكنى حال قيام النكاح بينهما بعد المفارقة واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان او بائنا وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة وهي التي طلقها الزوج ثلثا وطلقها بعوض وإن كانت واحدة الا اذا كانت حاملا اما الرجعي فلان النكاح بعده قائم لا سيما عندنا فانه يحل له الوطء كما تقدم واما البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس الى آخره رواه مسلم وابوداؤد والترمذي والنسائي وابن ماجة رضي الله عنهم وقوله لا ناعرفناه اي وجوب نفقة الحامل بالنص وهو قوله تعالى وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ والدليل على انه في المطلقات آخر الآية وهو قوله تعالى حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ والنفقة في غير المطلقات غير مغياة بوضع الحمل وقوله وصار كما اذا كانت حاملا اعترض عليه بان الحائل لو كانت كالحامل في وجوب النفقة

النفقة لم يبق لتخصيص الحامل في النص فائدة واجيب بان الفائدة رفع الاشتباه وبيانه ان الحائل تستحق النفقة ثلثة قروء فكان يشتبه بان الحامل ايضا تستحق ذلك المقدار او زيادة فرفع ذلك وقال لها النفقة في جميع مدة الحمل حتى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وقوله لا ندع كتاب ربنا يريد به قوله تعالى اُسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ ووجه ذلك ان الوجد هو السعة والغنى وذلك يرجع الى ما يملك به اما الاسكان فلانه قد يملك اسكانها في غير ملكه حيث يسكن هو ولا يملك الانفاق من غير ملكه فكان تقديره والله اعلم ما تلاه ابن مسعود رضي الله عنه وانفقوا عليهن من وجدكم وقوله سنة نبينا يريد قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لمطلقة الثلث النفقة والسكنى ما دامت في العدة وقوله وردها ايضا زيد بن ثابت واسامة بن زيد رضي الله عنهم هو زوج فاطمة الراوية فان اسامة اذا سمعها تحدث بهذا الحديث رماها بكل شيء في يده وقالت عايشة رضي الله عنها لتلك المرأة فتنة العالم اي بروايتها هذا الحديث وقوله ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها ظاهر وقوله وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها انما لم يتعرض للسكنى لانها واجبة باي فرقة كانت لان القرار في البيت مستحق عليها فلا يسقط بمعصيتها فاما النفقة فواجبة لها فسقط ذلك بمعصية من قبلها واما الردة فقد ذكرها شيخ الاسلام في مبسوطه وقال انما تسقط نفقة المرتدة اذا اخرجت للحبس من بيت العدة واما اذا اعتدت ولم تخرج من بيت الزوج للحبس فلها النفقة فان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة والفرق ما ذكره في الكتاب وهو واضح قال في النهاية وهذا الذي ذكرناه كله في الطلاق البائن والطلقات الثلث واما المعتدة بالطلاق الرجعي اذا وطئها ابن الزوج او قبلها بشهوة وهي مطاوعة او ارتدت فحبست او لم تحبس فلا نفقة لها لان الطلاق الرجعي

لا تقع به الفرقة فكان وقوع الفرقة بسبب وجد منها وهي معصية فيوجب ذلك سقوط النفقة بخلاف الطلاق البائن والله اعلم بالصواب *

فصل

لما فرغ من بيان نفقة الزوجات شرع في بيان نفقة الاولاد نفقة الاولاد الصغار على الاب خاصة لا يشاركه فيها غيره في ظاهر الرواية وقد روي عن ابي حنيفة رحمه الله ان النفقة على الاب والام اثلاثا بحسب ميراثهما لقوله تعالى وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذٰلِكَ ووجه الظاهر قوله تعالى وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ قيل في وجه الاستدلال ان رزق الوالدات لما وجب على الاب بسبب الولد وجب عليه رزق الولد بالطريق الاولى وبيان ذلك ان وجوب نفقتهن عليه كان بسبب الولد لان الحكم ترتب على مشتق وترتبه على المشتق دليل على علية المشتق منه لذلك كما في السارق والزاني وفيه نظر لما تقدم ان علة نفقتهن على الزوج هو الاحتباس فلا يجوز ان يكون غيره علة لئلا تتوارد علتان على معلول واحد والجواب ان العلة هو الولاد لكونه هو المؤثر في وجوب النفقة اذ هو السبب للجزئية الحاصلة بين الزوجين والولد وكما تجب النفقة على نفسه تجب على جزئه والاحتباس علة العلة والعقد الصحيح سبب يفضي اليه فيجوز اضافة الحكم اليه قبل تحقق الولاد فاذا تحقق يضاف الحكم اليه ويجوز ان يقال استدل بالآية على نفي مشاركة احد في نفقة الزوجة بتقديم الظرف وقاس عليه نفي المشاركة في نفقة الولد لان كلا منهما لا يقبل الاشتراك فكذلك النفقة الثابتة لهما واذا انتفى الاشتراك فاما ان يثبت على الاب او على غيره لا سبيل الى الثاني فتعين الاول وان كان الصغير رضيعا فليس على الام ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجرة الرضاع كالنفقة فكما انه يجب عليه نفقته اذا فطم يجب عليه ان يستأجر من ترضعه

ترضعه اذا وجدت ولانها قد لا تقدر على الارضاع لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل قوله تعالى لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا معناه بالزامها الارضاع مع كراهتها فان قيل فما معنى قوله تعالى وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ قلت ان كان معناه الاخبار عن فعلهن حين فعلن فلا يحتاج الى جواب وان كان معناه الامر وهو الظاهر كان محمولا على الندب او الوجوب اذا لم يوجد من ترضعه او لم يقبل الصغير على ثدي غيرها وهو الذي اشار اليه المصنف رحمه الله بقوله اما اذا كان لا توجد من ترضعه تجبر الام على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع او محمول على الوجوب عليها تدينا حتى لا يجوز استيجارها على الارضاع اذا كانت في عصمته او عدته على ما ذكر في الكتاب واستدل به فان قيل اذا كان بمعنى الامر وجب ان يتناول باطلاقه المنكوحة والمبانة قلت ان قوله تعالى فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ في المطلقات فاوجب ايتاء اجورهن عند الارضاع فلو كان قوله تعالى يُرْضِعْنَ على اطلاقه لوجب الارضاع على المطلقات وفي ذلك ابطال عمل احد الآيتين فوجب حمله على المنكوحة ومن في معناها وهي المطلقة الرجعية رواية واحدة والمبتوتة في رواية اذا كانت في العدة عملا بالدليلين بقدر الامكان وكلامه واضح **قوله** ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه بان اسلم الابن بنفسه والاب كافر او على العكس لما ان اسلام الصبي العاقل وارتداده صحيح كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه اما الولد فلاطلاق ما تلونا يريد به قوله تعالى وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ الآية ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه وكفره لا يؤثر في نفقة نفسه فكذا في نفقة جزئه واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه يعني وجوب النفقة بازاء الاحتباس الثابت به اي بالعقد الصحيح والعقد الصحيح بين المسلم والكافرة الكتابية موجود والاحتباس مرتب عليه فيكون السبب موجودا فتجب النفقة فان قيل سلمنا ان السبب موجود لكن لم لا يجوز ان يكون الكفر مانعا كما في استحقاق الارث فالجواب ان ما كان

سببه العقد فالكفر لا ينافي وجوبه كالمهر وثمن المبيع وغيرهما والميراث ليس سببه العقد وانما مبناه على الولاية والكفر ينافيها واقول لو استدل على نفقة الزوجة ايضا باطلاق قوله تعالى وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ الآية كان اسهل ثابتا لانه يدل على نفقتهن بعبارته وعلى نفقة الولد بالدلالة كما تقدم فلم يحتج الى دفع ما يوهم كلامه من التردد في سبب النفقة فانه جعله ههنا العقد الصحيح وجعله في قوله تعالى وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ الولادة وقبله الاحتباس الحاصل بالعقد فدفعه بما قدمناه وقوله في جميع ما ذكرنا اي من نفقة الولد مع موافقة الدين ومخالفته انما تجب على الاب اذا لم يكن للصغير مال وتنكير مال يشير الى عمومه بوقوعه في سياق النفي سواء كان من جنس النفقة او من غير جنسها اودورا او عقارا او ثيابا قال في الذخيرة اذا كان للصغير عقار او ثياب واحتيج الى ذلك للنفقة كان للاب ان يبيع ذلك كله وينفق عليه لان الاصل في نفقة الانسان ان يكون في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا واعترض عليه بان نفقة المرأة على زوجها وان كان لها مال فالاصل منقوض والجواب ان الاصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية وقد تحقق في نفقة المرأة امر ضروري فتغير وذلك ان نفقة المرأة في مقابلة الاحتباس فما دام الاحتباس قائما كانت النفقة واجبة تحقيقا للمعادلة ونفقة الولد للحاجة ولا حاجة مع الغناء والله اعلم بالصواب *

فصل

لما فرغ من بيان نفقة الولد شرع في بيان نفقة الوالد ويجب على الابن ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينهم اما الابوان فلقوله تعالى وَإِن جَاهَدَاكَ عَلَى أَن تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا قيل نزلت في سعد بن ابي وقاص حين اسلم وقالت له امه جميلة يا سعد بلغني انك صبوت فوالله لا يظلني سقف بيت من الصبح ولا اريح ولا آكل ولا اشرب حتى تكفر بمحمد صلى

صلى الله عليه وسلم وترجع الى ماكنت عليه وكان احب ولدها فابى سعد وصبرت هي ثلثة ايام ولم تأكل ولم تشرب ولم تستظل ثلثة ايام حتى غشي عليها فاتى سعد النبي صلى الله عليه وسلم وشكى ذلك اليه فنزلت هذه الآية وليس من المعروف ان يعيش الولد في نعم الله تعالى ويترك ما كان سبباله في تلك المعيشة بموت من الجوع وقد قيل فسر النبي صلى الله عليه وسلم حسن المصاحبة بان يطعمهما اذا جاعا ويكسوهما اذا عريا وكلامه واضح وقوله لما تلونا اراد به قوله تعالى وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ولم يذكر المصنف رحمه الله ههنا ان الاب اذا كان قادرا على الكسب هل يجبر الولد على الانفاق عليه ام لا قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله اذا كان الاب كسوبا والابن ايضا كسوبا يجبر الولد على الكسب والنفقة على الاب وقال شمس الائمة الحلوائي رحمه الله لا يجبر على ذلك واعتبره بذي الرحم المحرم بناء على ان استحقاق النفقة للفقر والحاجة وهي تندفع عند القدرة على الكسب وشمس الايمة السرخسي رحمه الله يحتاج الى الفرق بين نفقة الولد والوالد فان الولد البالغ اذا كان قادرا على الكسب لا يجب على الاب نفقته وفرق بينهما بفضيلة الوالد على الولد حيث اعتبرت حاجته ضرورية كانت كالنفقة والكسوة اوغيرها كشهوة الفرج فان للوالد استحقاق استيلاد جارية الولد وليس للولد استحقاق استيلاد جارية الوالد فلو شرط ههنا عجز الوالد عن الكسب لاستحقاق نفقته على ولده كما شرط في حق الابن لوقعت المساواة مع قيام دليل المفاضلة وقوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين ظاهر وقوله لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا قال الله تعالى اِنَّمَا يَنْهٰكُمُ اللّٰهُ عَنِ الَّذِيْنَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّيْنِ الآية واستشكل بقوله تعالى وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا فانه باطلاقه يوجب النفقة للوالدين وان كانا حربيين واجيب بان العمل باطلاقه يفضي الى التعارض المفضي الى الشرك الممتنع فحمل ذلك على اهل الذمة وهذا على اهل الحرب وقوله ولا تجب

على النصراني نفقة اخيه المسلم من فروع قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين متضمنا للفرق بين عدم وجوب النفقة ووقوع العتق عند التملك وكلامه في الفرق بينهما بان النفقة متعلقة بالارث يعني في غير قرابة الولاد بالنص وهو قوله تعالى وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذٰلِكَ والعتق متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث يعني قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وبالمعقول واضح خلا قوله ودوام ملك اليمين اعلى في القطعية من حرمان النفقة فان حرمان النفقة قد يفضي الى الهلاك ودوام ملك اليمين ليس كذلك فكيف يكون اعلى ولان الانفاق صلة احياء حقيقة وصلة العتق صلة احياء حكما ولا شك في ان الاحياء الحقيقي اعلى والجواب ان الحاجة الى النفقة مقدورة الدفع من غيره بان يسأل الناس او يبره احد من غير سؤال فان الهلاك جوعا في العمران مع توفر اصحاب الزكوة والصدقات والمعروف نادر واما الحاجة الى الاعتاق فانها لا تدفع الا من جانبه واما كون الاحياء الحقيقي اعلى من الحكمي فبعد تسليمه مردود بعدم تعيين تحققه الا من جانبه لما قلنا **قوله** ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد لا يشارك الولد في نفقة ابويه احد من الاخوة والاخوات والاعمام وغيرهم في ظاهر الرواية لان لهما تاويلا في مال الولد بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك فكانا غنيين بماله والغني لا تجب نفقته على غيره فان قيل التاويل يثبت بخبر الواحد فلا يعارض اطلاق قوله تعالى وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذٰلِكَ قلت الحديث مشهور فيجوز به الزيادة على الكتاب سلمنا انه من الآحاد لكن ترك اطلاق قوله تعالى وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذٰلِكَ لما ذكرنا من الدلائل الدالة على تقييدها بغير قرابة الولاد المستندة الى قوله تعالى وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ الآية كما تقدم فان قلت لا منافاة بين الآيتين لان قوله تعالى وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ يقتضي ان يشارك الجد الابن كما ان قوله تعالى وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذٰلِكَ يقتضيه قلت لما ثبت للوالد التاويل في مال الولد

الولد بالاجماع صار غنيا به والغني لا تجب نفقته على والده فلا يشارك الجد الابن وقوله ولانه اقرب الناس اليهما اي الولد اقرب الناس الى الوالدين والاقرب اليهما اولى لاستحقاق نفقتهما عليه لانها صلة وجبت بالقرابة فمن كان اقرب فهو اولى بالاستحقاق له وعليه وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله ان النفقة بين الذكر والانثى اثلاثا على الذكر مثل حظ الانثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوي الارحام ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب لان المعنى يشملهما وبيانه ان استحقاق الابوين انما هو باعتبار التاويل وحق الملك لهما في مال الولد لقوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك وهذا المعنى يشمل الذكور والاناث فيكونان سواء ولهذا يثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة وان انعدم التوارث وقوله وهو الصحيح احتراز من رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وقوله والنفقة لكل ذي رحم محرم مبتدأ وخبره محذوف اي النفقة لكل ذي رحم محرم وهو من لا يحل نكاحه على التابيد واجبة اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امرأة بالغة فقيرة او كان ذكرا فقيرا زمنا او اعمى لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل بينهما كونه ذا رحم محرم بدليل قوله تعالى وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فان ذلك للاشارة الى البعيد فيكون اشارة الى اول الآية وهو قوله تعالى وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ فيدل على ان على الوارث النفقة وتقييده بذي الرحم المحرم بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ولا شك ان قراءته رضي الله عنه كانت مسموعة من النبي صلى الله عليه وسلم ثم لا بد من الحاجة لاستحقاقها لذلك والصفات المذكورة وهي الصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غني فان قيل ما بال الابوين لم يعدا غنيين لقدرتهما على الكسب اجاب بقوله بخلاف الابوين الى آخره وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله

وهو ظاهر الرواية وقد قدمناه وقوله ويجب ذلك يعني النفقة على قدر الميراث ويجبر عليه اي على الانفاق اما التقدير فلان الله تعالى نص على الوارث بقوله وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذٰلِكَ تنبيها على اعتبار القدر لانه رتب الحكم على المشتق فيكون المشتق منه هو العلة فيثبت الحكم بقدر علته ولهذا لو اوصى لورثة فلان وله بنون وبنات كانت الوصية لهم على قدر الميراث وعلى هذا اذا كان الرجل زمنا معسرا وله ابن صغير معسرا وكبير زمن وللرجل ثلثة اخوة متفرقون موسرون فنفقة الرجل على اخيه لاب وام وعلى اخيه لام اسداسا بحسب ميراثهما واما نفقة الولد فعلى الاخ لاب وام خاصة لان ميراث الولد له عند عدم الاب خاصة فانه عم لاب وام فلا يرث معه العم لاب ولا العم لام والحاصل ان من يكون محتاجا يجعل معدوما وتكون النفقة بعده على من يكون وارثا بحسب الميراث فان كان الولد ابنة كانت نفقة الاب والابنة على الاخ من الاب والام خاصة اما نفقة الابنة فلما بينا واما نفقة الاب فلان الوارث ههنا الاخ لاب وام خاصة لان الاخ لاب وام يرث مع الابنة والاخ لام لا يرث معها فلا حاجة الى ان يجعل البنت كالمعدومة ولكن يعتبر صفة الوراثة مع بقائها بخلاف الابن فانه لا يرث معه احد من الاخوة فلا بد ان يجعل كالمعدوم واذا جعل كذلك فميراث الاب يكون بين الاخ لاب وام اسداسا فالنفقة عليهما بحسب ذلك وهذا كله اذا كان الميراث فيما بينهم ولم يتجاوز الى غيرهم واما اذا تجاوز عنهم الى غيرهم كما اذا كان للصغير الفقير خال موسر وابن عم موسر فالنفقة على ذى الرحم المحرم الذي لم يرث لا على غير ذى الرحم المحرم الذي هو وارث فيكون فيما نحن فيه على الخال دون ابن العم الذي يأخذ الميراث لان النفقة على ذى الرحم المحرم وابن العم ليس كذلك فيجب عليه ما سنذكره فى الكتاب فان قيل هذه النفقة مبنية على الميراث بالنص فكان الواجب ان تجب النفقة على ابن العم لكونه وارثا ولا تجب على الخال لكونه غير وارث اجيب بان نفقة ذى الرحم المحرم واجب تحقيقا للصلة وتحقيق صلة قرابة ابن

ابن العم ليس بواجب بدليل جواز المناكحة في حقه بخلاف الخال فان صلته واجبة والنفقة منها فتجب عليه **قوله** وتجب نفقة ابنته البالغة والابن الزمن كلامه ظاهر **قوله** ووجه الفرق يعني بين نفقة الولد الصغير حيث وجبت بجملتها على الاب خاصة وبين نفقة الولد الكبير الزمن حيث وجبت ثلثاها على الاب والثلث على الام كما في الارث انه اذا اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره فكان بمنزلة نفسه وغيره لا يشاركه في النفقة على نفسه فكذا في النفقة على الصغير واما الكبير فليس للاب عليه ولاية لبلوغه فكان كسائر المحارم نفقته معتبرة بميراثه وميراثه يكون بينهما اثلاثا فكذلك نفقته وقوله اخماسا على قدر الميرث يعني ثلثة الاخماس من الميراث يكون للاخت لاب وام والخمس للاخت لاب والخمس للاخت لام بالفرض والرد فكذلك النفقة على هذا التفصيل وقوله غير ان المعتبر استثناء من قوله وفي غير الولد معتبر على قدر الميراث والمراد باهلية الارث وهو ان لا يكون محرما وفي كلامه لف ونشر حيث قال ان المعتبر اهلية الارث لا حرازه ثم نشر بقوله فان المعسر اذا كان له خال يعني وهو موسر وابن عم كذلك فالنفقة على الخال وابن العم يحرز الميراث لما قدمنا ان الخال ذو رحم محرم دون ابن العم وهذا راجع الى قوله لا احرازه وقوله ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين راجع الى قوله المعتبر اهلية الارث وقوله لا بد من اعتباره اي اعتبار الارث بان يكون اهلا لا محرزا ولهذا قلنا لا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم ولا عكسه وقوله ولا تجب على الفقير ظاهر وقوله بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا قيل هذا اذا كانت نفقته من مستغلاته اوبما يفضل على ذلك من كسبه الدائم اذا كان معتملا من كسب يده وقوله والفتوى على الاول يعني ان اليسار مقدر بالنصاب لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة وهو مائتا درهم اذا كان فاضلا عن حوائجه الاصلية وهو الصحيح لان النفقة اشبه بصدقة الفطر لكونها مؤنة من وجه صدقة من وجه والنفقة مؤنة من كل وجه فلما لم يشترط لوجوب صدقة الفطر الغنى الموجب للزكوة فلان لا يشترط ههنا وهي مؤنة

من كل وجه اولى ونقل من خلاصة الفتوى عن الاجناس قال في نوادر ابي يوسف رحمه الله يشترط لصاب الزكوة ثم قال في الخلاصة هكذا قال الصدر الشهيد رحمه الله في الفتاوى الصغرى ان انتقص منه درهم لا تجب واذا كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة ابويه وقوله وقد بينا الوجه فيه يريد ما تقدم من قوله ولا يقضى بنفقة في مال الغائب الا لهؤلآء الى قوله ولهذا كان لهم ان يأخذوا وكان قضاء القاضي اعانة لهم وقوله واذا باع ابوه متاعه ظاهر وقوله وكذا الا تملك الام في النفقة مخالف لما ذكر في الاقضية وما ذكره القدوري رحمه الله من جواز البيع للابوين فاما ان يكون في المسئلة روايتان في رواية الاقضية والقدوري رحمه الله تملك الام البيع كالاب لان معنى الولاية يجمعهما وهما في استحقاق النفقة على السواء واما ان يكون ما في الاقضية والقدوري مأولا بان الاب هو الذي يبيع لكن لمنفعتهما فاضاف البيع اليهما من حيث ان منفعة البيع يعود اليهما وهو الظاهر وقوله ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب اعترض عليه بانه كذلك لكن الغرض انه يبيعه لمنفعته وانما صح بيعه ان لو كان قصده البيع للحفظ واجيب بانه لما جاز بيعه للحفظ حقيقة فبقصده الانفاق لا يتغير تلك الحقيقة اذ لا تاثير للعزيمة في تغيير الحقيقة لا يقال عارض جهة الحفظ جهة الاتلاف بالانفاق لانا نقول الاتلاف بعد وجوب النفقة وفي الحال لم تجب فلا تعارض وقوله على ما مر اشارة الى ما قال ولهذا كان لهم ان يأخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم وقوله لانه ملكه بالضمان يعني ان الاجنبي ملك المدفوع بالضمان فظهر انه كان متبرعا بمال نفسه وقوله بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى القاضي يعني انها لا تسقط بمضي المدة لانها تجب في مقابلة الاحتباس لا بطريق الحاجة ولهذا تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى وقوله الا ان يأذن القاضي بالاستدانة عليه استثناء من قوله فمضت مدة سقطت ومعناه اذا اذن القاضي بالاستدانة عليه لا تسقط نفقتهم ايضا كنفقة الزوجات وان مضت مدة لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه بالاستدانة عليه كامر الغائب بها ولو امر الغائب بالاستدانة صار دينا في ذمته لا يسقط

لا يسقط بمضي المدة فكذا اذا اذن القاضي بذلك واذا تذكرت ان نفقة الزوجة جزاء الاحتباس ونفقة الاقارب للكفاية ظهر لك وجه ما قال في الذخيرة ان القاضي اذا فرض للزوجة في الشهر مائة فمضت المدة وفي يدها منه شيء لم يحتسب للشهر الثاني ولو كان ذلك في نفقة الاقارب حوسب به وان القاضي اذا فرض للزوجة كسوة لمدة معينة فسرقت ليس عليه ان يكسوها حتى تفرغ المدة ولو كان ذلك في الاقارب وجب عليه ان يكسوهم والله اعلم بالصواب *

فصل

جمع في هذا الفصل بين نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات واخره عن الجميع وهو في مخيرة ظاهر ومذهب اصحابنا رحمهم الله ان الانسان لا يجبر على الانفاق على ملكه سوى الرقيق واما في الدواب فيفتي فيما بينه وبين الله تعالى بالانفاق عليها وفي غير الدواب كالدور والعقار فانه لا يفتي به ايضا الا انه اذا كان فيه تضييع المال كان ترك الانفاق مكروها وكلامه واضح وفرق بين نفقة الزوجة والمملوك في ان المولى اذا امتنع عن الانفاق وهو ممن لا كسب له اجبر على بيع المملوك والزوج اذا عجز عن الانفاق على الزوجة لا يجبر على الطلاق بان في الاجبار على البيع زوال ملك المولى الى خلف وهو الثمن وفي عدمه فوات حق المملوك في النفقة لا الى خلف لان نفقة المملوك لا تصير دينا على المولى بحال من الاحوال واما في النكاح ففي الاجبار على التفريق فوات ملك الزوج بلا خلف وفي عدمه فوات حق المرأة في الحال الى خلف لصيرورة نفقتها بقضاء القاضي دينا على الزوج فكان تاخيرا وقوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله بخلاف نفقة الازواج اذا قضى به القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط فكان الضرر اللاحق بالزوج اشد فكان بالدفع اولى وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجبر وهو قول الشافعي رحمه الله وقاساه على الرقيق والاصح ما قلناه يغني من عدم الجبر

لان اجبار القاضي المولى على مملوكه نوع قضاء والقضاء لابد له من مقضي له وهو من اهل الاستحقاق وهذا يوجد في الرقيق لكونه من اهل ان يستحق حقا على المولى وعلى غيره في الجملة الا يرى انه بالكتابة يستحق حقوقا على المولى وان كان مملوكا فاما غير الرقيق فلا يستحق على المولى حقا فلا يصح ان يكون مقضيا له فانعدم شرط القضاء فينعدم القضاء والله اعلم بالصواب *

كتاب العتاق

ذكر العتاق بعد الطلاق لمناسبته له في انه اسقاط بني على السراية واللزوم كالطلاق حتى صح التعليق وصار اعتاق البعض كاعتاق الكل اما فسادا في الملك او تحقيقا للعتق ولم يقبل الفسخ بعد الثبوت كالطلاق ومن محاسنه انه احياء حكمي يخرج العبد عن كونه ملحقا بالجمادات الى كونه اهل الكرامات البشرية من قبول الشهادة والولاية وتفسيره في اللغة القوة يقال عتق الفرخ اذا قوي وطار عن وكره وفي الشريعة قوة حكمية يصير المرأ بها اهلا للشهادة والولاية والقضاء واسبابه كثيرة منها الاعتاق ومنها دعوى النسب ومنها دعوى الاستيلاد ومنها ملك القريب ومنها زوال يد الكافر عنه كما اذا اشترى الحربي في دارنا عبدا مسلما فدخل به في دار الحرب فانه يعتق في قول ابي حنيفة رحمه الله ومنها الاقرار بحرية العبد اذا اشتراه بعد ذلك وشرطه كون المعتق حرا بالغا عاقلا مالكا ملك اليمين وركنه ما يثبت به العتق وهو نوعان صريح وكناية وحكمه زوال الرق والملك عن المحل وانواعه المرسل والمعلق والمضاف الى ما بعد الموت وكل منها اما ببدل او بغيره وكلامه ظاهر سوى الفاظ نذكرها **قوله** شرطه الحرية لان العتق يعني الاعتاق لانه قال والبلوغ لان الصبي ليس من اهله والصبي من اهل العتق الا يرى انه لو ورث اخاه عتق عليه فدل على ان مراده بالعتق الاعتاق والصبي ليس من

من اهله لكونه ضررا محضا ويدل على ذلك ايضا قوله لان المجنون ليس باهل للتصرف فان الاعتاق تصرف لا العتق وقوله ولهذا اي ولكون البلوغ والعقل شرطا اذا قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله لانه لما اسند الى حالة منافية للاعتاق كان انكارا منه للاعتاق والقول قول المنكر وقوله لانه ليس باهل لقول ملزم يعني لان الصبى يوجب الحجر عن الاقوال فان قيل لا نسلم ذلك بل هو اهل له الا يرى ان صبيا لو اقر بالرق لزمه حتى لو ادعى بعد البلوغ حرية الاصل لا تسمع دعواه اجيب بان الملزم ثمه هو يد صاحب اليد واقراره مويد له ومؤكد وقوله واذا قال لعبده او امته انت حر قال في المبسوط الالفاظ التي يحصل به العتق نوعان صريح وكناية فالصريح لفظ العتق والحرية والمولى سواء ذكر هذه الالفاظ بصيغة الخبر او الوصف او النداء اما صيغة الخبر فان يقول قد اعتقتك او حررتك واما صيغة الوصف فان يقول انت حر وانت عتيق واما المنادى فان يقول يا حر و يا عتيق وكذا لو قال لعبده هذا مولاي الى آخره وقوله وسنقرره من بعد اراد به قوله في مسئلة يا ابني على ما سيجيء وقوله الا اذا سماه حرا استثناء من قوله ولو قال له يا حر وقوله وكذا عكسه يعني بان ناداه بقوله يا حر وكان لقبه (آزاد) وقوله فيعتبر اخبارا عن الوصف قيل فيه نظر لانه اذا لم يكن حر علما له كان قوله يا حر انشاء للحرية لا اخبارا عن الوصف واجيب بانه اذا لم يكن علما كان المنادى في الحقيقة ذاتا موصوفة بصفة الحرية والوصف في الحقيقة خبر عن الموصوف فكان النداء اخبارا بان المنادى موصوف بهذه الصفة وقوله وسيأتيك الاختلاف فيه يريد الاختلاف في تجزي الاعتاق على ما نذكره وقوله وقد بيناه يعني في الطلاق وقوله وكذا قوله لامته قد اطلقتك يعني ان نوى العتق يقع لكونه بمنزلة قوله خليت سبيلك لمناسبة الارسال تخلية السبيل بخلاف قوله طلقتك فانها لا تعتق لانه صار صريحا في الطلاق عن النكاح فلا يثبت به العتق على ما سيأتي بيانه وقوله لان السلطان عبارة عن اليد يقال لفلان سلطنة ويراد بها

القدرة الثابتة من حيث اليد والاستيلاء فنفيه نفي اليد فكأنه قال لا يد لي عليك ولو قال ذلك ونوى به العتق لم يعتق لجواز ان يزول اليد ويبقى الملك كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان السبيل المضاف الى العبد كناية من الملك لانه طريق الى نفاذ التصرف فيه ولو نفى الملك بان قال لا ملك لي عليك ونوى العتق عتق فان قيل زوال اليد اما ان يكون ملزوما لزوال الملك اولازما له فان كان الاول فليكن مجازا لان المجاز ذكر الملزوم وارادة اللازم وان كان الثاني فليكن كناية لان الكناية ذكر اللازم وارادة الملزوم فالجواب انه ليس بملزوم لزوال الملك لانفكاكه عنه كما في المكاتب على ما ذكرنا ولا بلازم له لانفكاك زوال الملك عنه فان الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق الى ان يسلم قوله لان للمولى على المكاتب سبيلا يعني من حيث المطالبة ببدل الكتابة حتى اذا انتفى ذلك بالبراءة عنه يعتق **قوله** ولو قال هذا ابني ومن قال لعبده الذي يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف هذا ابني وثبت على ذلك يثبت النسب فيعتق عليه ومعنى قوله ثبت على ذلك لم يدع الكرامة والشفقة كذا في شرح القدوري لابي الفضل حتى لو ادعى ذلك صدق وقيل الثبات شرط النسب لكون الرجوع عنه صحيحا دون العتق وقيل هو شرط اتفاقي **قوله** لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب لانه ليس له نسب معروف فيثبت نسبه منه واذا ثبت عتق لاستناد النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف تعذر ثبوت النسب لكنه يعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر الحقيقة وسيجيء بيان وجوه المجاز ولو قال هذا مولاي ظاهر وقيل ما ذكره المصنف رحمه الله من معنى المولى هو المشهور فاقتصر عليه وهو مستعمل في ثلثة وعشرين معنى ذكره ابن الاثير اما مجيئه بمعنى الناصر فكما في قوله تعالى ذٰلِكَ بِاَنَّ اللّٰهَ مَوْلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَاَنَّ الْكَافِرِينَ لَا مَوْلَىٰ لَهُمْ واما بمعنى ابن العم فكما في قوله تعالى وَاِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَآئِي وقوله والثالث

والثالث نوع مجاز بمعنى الموالات فى الدين لان المولى مشتق من الولي وهو القرب ولا قرب بين المشرقي والمغربي من حيث الحقيقة ولا من حيث النسب ولا من حيث المكان فيتعين القرب من حيث الدين ولهذا جاز نفيه كذا في بعض الشروح و مصححه الفرض والتقدير وقوله فالتحق بالصريح يعني بدلالة الحال فى المحل وهو كونه عبدا وقوله واما الثاني يعني به قوله يامولاي وقوله بخلاف ما ذكره يعني قوله ياسيدي يامالكي لانه ليس فيه ما يختص بالعتق معناه ان معنى قوله يامولاي يامن لي عليه ولاء العتاقة حيث تعين الاسفل مرادا فيثبت بهذا القول ما يختص بالعتق وهو الولاء وهو يقتضي سابقية العتق بخلاف قوله ياسيدي يامالكي فان معناه يامن له السيادة والملك علي ولم يثبت به شيء يختص بالعتق فيحمل على المجاز وهو الاكرام والتلطف وقوله ولو قال ياابني او يااخي لم يعتق فرق بينهما وبين قوله ياحر في وقوع العتق به دونهما لان النداء اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان النداء لتحقيق ذلك الوصف فى المنادى استحضاراله بالوصف المخصوص كما في قوله ياحر فانه قادر على اثبات صفة الحرية فيه من جهته فى الحال على ما بينا يعني في قوله لانه نداء بما هو صريح وهو استحضار المنادي الى آخره واذا كان بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو تخلق من ماء غيره لا يكون ابناله بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام هذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله انه يعتق فيهما اي في قوله ياابني يااخي والحاصل ان العتق يقع بالنداء بثلثة الفاظ في ظاهر الرواية ياحر ياعتيق يامولاي وفي رواية الحسن بخمسة الفاظ بالثلثة المذكورة وبقوله ياابني ويااخي والاعتماد على ظاهر الرواية وقوله ولو قال ياابن ظاهر **قوله** وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله اذا قال لعبده وهو اكبر سنا منه هذا ابني عتق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا

لا يعتق وهو قول ابي حنيفة رحمه الله ولا وهو قول الشافعي رحمه الله واصل هذه المسئلة ان المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما وفي التكلم عند ابي حنيفة رحمه الله على ماعرف في الاصول وقد قررناه في التقرير فقالا الحكم ههنا محال فلا يتصور المجاز بخلاف الاصغر سنا فان الحقيقة فيه متصورة لامكان ان يكون العلوق منه واشتهر نسبه من غيره فصار كما لوقال اعتقتك قبل ان تخلق او اخلق وقال ابو حنيفة رحمه الله تصور حكم الحقيقة ليس بشرط فانه لوقال لحرة اشتريتك بكذا كان نكاحا صحيحا والحرة ليست بمحل للبيع بل الشرط صحة التكلم وقوله وهذا ابني كلام صحيح في محله من مبتدأ وخبر وهو ملزوم لقوله هذا حر من حين ملكت لان البنوة اذا ثبتت في المملوك كان حرا من حين العلوق وذكر الملزوم وارادة اللازم هو المجاز فصار كأنه قال هذا حر من حين ملكته وذلك يوجب العتق لا محالة فيحمل على ذلك تصحيحا لكلامه بخلاف ما استشهد به على بناء المفعول لانه لاوجه للمجاز اذ ليس قوله اعتقتك قبل ان اخلق ملزوما لقوله انت حر من حين ملكت لان الاول يقتضي عدم ورود الملك عليه والثاني يقتضي وروده البتة والشيء لا يكون ملزوما لما ينافيه والا لزم انفكاك الملزوم عن اللازم وهو محال وقوله وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فاخرجهما صحيحتين جواب عما يقال لوكان صحة ذكر الملزوم وارادة اللازم مجوزة للمجاز وان لم يكن الحكم متصورا لوجب عليه الارش في الصورة المذكورة لان القطع خطأ سبب لوجوب المال فيكون قوله قطعت يدك مجازا عن قوله لك علي خمسة آلاف درهم واللازم باطل فالملزوم مثله وتقرير جوابه ان القطع خطأ ليس بسبب لمال مطلق بل لما يخالف المال المطلق في الوصف وهو الارش حتى وجب على العاقلة في سنتين بلفظ التثنية كذا في النهاية وذلك المال الذي هو مسبب عن القطع لايمكن اثباته بدون القطع فما هو مسبب لا يمكن اثباته وما يمكن اثباته ليس بمسبب وحاصله ان هذه الصورة مما تعذر فيه الحقيقة والمجاز فتلغو اما الحقيقة

اما الحقيقة فظاهر واما المجاز فلان قطع اليد خطأ ملزوم للارش الذي هو ملزوم القطع
واللازم وهو القطع منتف فالملزوم وهو الارش كذلك وقوله اما الحرية لا تختلف معناه
الحرية التي جعلنا قوله هذا ابني وهي الحرية من حين ملك مجازا عنها لا تختلف ذاتا
وهو زوال الرق ولا حكما وهو صلاحيته للقضاء والشهادة والولايات كلها فامكن جعله اي
جعل قوله هذا ابني مجازا عنه اي عن الحرية على تاويل العتق او المذكور ولو قال هذا
ابي او امي ومثله لا يولد لمثله فهو على هذا الخلاف وهو الاظهر وقوله لما بينا يعني
الوجه من الجانبين في قوله هذا ابني ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف
والوجه ما تقدم وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك من بنوة
او حرية الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب
وهذا يشير الى ان الواسطة لو كانت مذكورة مثل ان يقول هذا جدي ابو ابي عتق
وقد ذكره بعض الشارحين بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك بلا واسطة
ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله انه
يعتق ووجه الروايتين ما بيناه اما وجه رواية العتق ما ذكره بقوله وهذا لان البنوة في
المملوك سبب الحرية الى آخره فكذلك ههنا الاخوة في الملك يوجب العتق واما وجه
رواية عدم العتق فقوله في مسئلة الجد لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة
وكذلك ههنا الاخوة لا يكون الا بواسطة الاب او الام لانها عبارة عن المجاورة في صلب
او رحم وهذه الواسطة غير مذكورة ولا موجب لهذه الكلمة بدون هذه الواسطة قال في المبسوط
ان اختلاف الروايتين في الاخ انما كان اذا ذكره مطلقا بان قال هذا اخي فاما اذا
ذكره مقيدا وقال هذا اخي لابي او امي فيعتق من غير تردد لما ان مطلق الاخوة مشتركة
قد يراد بها الاخوة في الدين قال الله تعالى انَّمَا الْمُؤْمِنُوْنَ اِخْوَةٌ و قد يراد بها الاتحاد
في القبيلة قال الله تعالى وَاِلَى عَادٍ اَخَاهُمْ هُوْدًا وقد يراد بها الاخوة في النسب والمشترك

لا يكون حجة فان قيل البنوة ايضا تختلف بين نسب ورضاع فكيف ثبت العتق باطلاق قوله هذا ابني اجيب بان البنوة من الرضاع مجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة ولو قال لعبده هذا ابني هو على الخلاف وقيل هواي عدم العتق بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى لان الذكور والاناث من بني آدم جنسان مختلفان واذا لم يكن المشار اليه من جنس المسمى يتعلق الحكم بالمسمى لما تقدم في كتاب النكاح والمسمى ههنا معدوم فلا يكون معتبرا حقيقة ولا مجازا عن الابن لعدم الملازمة بينهما وقوله وان قال لامته انت طالق او بائن ظاهر الى قوله وعمل اللفظين وهو جواب عما يقال الاعتاق اثبات القوة ولهذا يثبت به الاحكام مثل الاهلية والولاية والشهادة فاين يشبه الطلاق الذي هو اسقاط محض وتقرير الجواب الاعتاق ايضا اسقاط بدليل صحة التعليق فيهما واما الاحكام فليست بواردة لانها ثابتة بسبب سابق وهو كونه آدميا مكلفا غير ان الاعتاق ازال المانع فاستوى الاعتاق والطلاق وقوله ولهذا اي ولكون العتق محتمل لفظه يصلح لفظ العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه لان مبنى المجاز على المناسبة والشيء لا يناسب شيئا الا والشيء الآخر يناسبه وانما قال على ما قاله مشائخهم رحمهم الله لان المنصوص عن الشافعي رحمه الله لفظ الطلاق فحسب واصحابه قاسوا عليها سائر الفاظ الصريح والكناية ولنا انه نوى ما لا يحتمله كلامه لانه لا مناسبة بينهما تجوز الاستعارة لان الاعتاق لغة اثبات القوة مأخوذ من قولهم عتق الطير اذا قوي وطار عن وكره وفى الشرع ايضا كذلك لان العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقدر قوة والطلاق فى اللغة رفع القيد مأخوذ من قولهم اطلقت البعير عن القيد اذا احللته وهو عبارة عن رفع المانع عن الانطلاق لا اثبات قوة الانطلاق وكذلك فى الشرع لان المنكوحة لم تزل مالكة فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة وليس بين اثبات القوة الشرعية في محل لم يكن وبين رفع المانع لتعمل القوة الثابتة في محلها مناسبة ولا خفاء

ولا خفاء ان الاول اقوى والادنى لا يصلح ان يكون مستعارا للاعلى على ما ذكره ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح لان ملك اليمين قد يستلزم ملك المتعة اذا صادف الجواري الخالية عما يمنع عن الاستمتاع بهن واما ملك النكاح فلا يستلزم ملك اليمين اصلا وكل ما هو اقوى فاسقاطه اقوى فملك اليمين اسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه وهذا لان مثل هذا المجاز انما يكون فيما اذا وجدت وضعا مشتركا بين ملزومين مختلفين في الحقيقة هو في احدهما اقوى منه في الآخر وانت تريد الحاق الاضعف بالاقوى على وجه التسوية بينهما فتدعي ان ملزوم الاضعف من جنس ملزوم الاقوى وتطلق عليه اسم الاقوى كما اذا كان عندك شجاع وانت تريد ان تلحق جرأته وقوته بجرأة الاسد وقوته فتدعي الاسدية له باطلاق اسم الاسد عليه وهذا كما ترى انما يكون باطلاق اسم القوي على الضعيف دون العكس واذا ظهر هذا بعد العلم بان ازالة ملك اليمين اقوى ظهر لك جواز استعارة الفاظ العتاق للطلاق دون عكسه والفرق بين النكتتين المذكورتين في الكتاب ان في الاولى منع المناسبة واظهار السند بان الاعتاق اثبات والطلاق رفع فانى يتناسبان وفي الثانية تسليم ان كلا منهما اسقاط لكن الاعتاق اقوى وهو ينافي الاستعارة وقوله واذا قال لعبده انت مثل الحر اطلاقه يشير الى انه نوى العتق اولم ينو لم يعتق وذكر في المبسوط لم يعتق الا بالنية وفي تعليله اشارة الى ذلك لانه قال لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية ولا شك انه اذا نوى الحرية زال الشك وقوله عرفا يجوز ان يراد به العرف العام فان العامة يستعملونه للمشاركة في بعض الاوصاف يقولون زيد مثل عمرو مثلا اذا كان عمرو مشهورا بصفة كعلم وخط اوجود اوغيرها ويجوز ان يراد به العرف الخاص فان بعض اهل العلم يستعملونه مع الاتحاد بالحقيقة وقوله ولو قال ما انت الا حر الى آخره ظاهر والله اعلم بالصواب *

فصــل

لما ذكر العتق الحاصل بالاعتاق الاختياري الذي هو الاصل ذكر في هذا الفصل عامة مسائل العتق الذي يحصل بغير اختيار كارث قريبه وخروج عبد الحربي الينا مسلما وولد الامة من مولاها والرحم في الاصل وعاء الولد في بطن امه ثم سميت القرابة والوصلة من جهة الولاد رحما وعنه ذو الرحم والمحرم هو الذي لا يجوز النكاح بينهما لو كان احدهما ذكرا والآخر انثى ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم وعايشة رضي الله عنها وقال صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر رواه الخمسة الا النسائي واللفظ لعمومه يتناول كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا وغيره فان قيل الضمير في منه يعود الى من كما في قوله صلى الله عليه وسلم من دخل دار ابي سفيان فهو آمن وامثاله فلا يكون حجة اجيب بان وقوعه جزاء لقوله من ملك يابى عن ذلك لئلا يلزم تحصيل الحاصل فان تملكه يدل على حريته اذ المملوك لا يملك شيئا فقوله فهو حر لو عاد اليه كان تكرارا غير مفيد فان قيل صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه عطف بالفاء التي للتعقيب فلا يعتق مالم يعتقه اجيب بانه دليل اصحاب الظواهر وليس بصحيح للزوم التعارض ومحمله ان مثله يستعمل في حصول الثاني بالاول لا بسبب آخر كما يقال اطعمه فاشبعه وسقاه فارواه وضربه فاوجعه وامثاله وقوله والشافعي رحمه الله يخالفنا في غيره اي في غير الولاد استدل بان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس اولا يقتضيه وكل ما ينفيه القياس لا يلحق به شيء آخر بالقياس وكل ما هو لا يقتضيه لا يدخل غيره فيه بالاستدلال اي بدلالة النص الا اذا كان الملحق به من كل وجه وههنا ليس كذلك لان قرابة

قرابة الاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد ولهذا امتنع الكاتب على المكاتب في غير الولاد ولا يمتنع فيه * ولنا ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية وكل من فعل ذلك عتق عليه اما انه ملك ذلك فبالاجماع واما ان كل من فعل ذلك عتق عليه فبالقياس على الولاد لان هذا المعنى وهو تملك القريب المحرم هو العلة المؤثرة في الولاد والولاد ملغى لانها اي القرابة المؤثرة في المحرمية هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح اما حرمة النكاح فبالاجماع واما وجوب النفقة فمذهبنا لكن لما اثبت ذلك من قبل بدليل قطعي وهو قوله تعالى وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ كان ثابتا البتة فاستدل به ولمشائخنا رحمهم الله ههنا نكتة وهو قولهم هذه قرابة صينت عن ادنى الذلين وهو ذل النكاح فلان تصان عن اعلاهما اولى فان ادعى ان ذل النكاح اعلى فتلك مكابرة تستدعي تفضيل الاماء على الحرائر وهو باطل قطعا واجماعنا على ان الرضاع يدفع ذل النكاح دون الرق مما يحسم مادة هذه المكابرة فان رافع الاعلى يرفع الادنى لا محالة ولا فرق بين ان يكون المالك مسلما او كافرا وكذلك المملوك لعموم العلة وهي القرابة المحرمة للنكاح فان قيل هذه القرابة ان اوجبت العتق اوجبت باعتبار الصلة على ما اشار اليه المصنف رحمه الله بقوله هي التي يفترض وصلها وقرابة الاخوة لا توجب الصلة عند اختلاف الدين ولهذا لا تجب النفقة فلا يجب الاعتاق ايضا اجيب بان علة النفقة ليست القرابة المجردة في الاخوة بل بصفة الوراثة بقوله تعالى وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ واختلاف الدين يمنع الارث فكذا ما بني عليه وانما قال او كافرا في دار الاسلام لان الحربي لو ملك في دار الحرب ذا رحم محرم منه لم يعتق عليه فانه لو اعتقه لم ينفذ عتقه فكذا لا يعتق عليه بالملك فان قيل عدم نفاذ العتق بالعتاق لا يستلزم عدم العتق بالملك فان الصبي والمجنون اذا اعتق لم ينفذ واما اذا ملك

ذا رحم محرم منه عتق فالجواب ان الاصل ان ما يقع من العتق بالملك يقع بالاعتاق ايضا لان الوقوع بالملك انما هو بالزام الشرع لعدم التصرف منه وما لزم بالزامه يلزم بالالتزام ايضا بالاستقراء الا انا تركنا هذا الاصل في حق الصبي والمجنون بالمانع وهو ان الاعتاق تصرف ضار من كل وجه وهما ليسا من اهله لما عرف في موضعه وكذا اذا اعتق المسلم عبدا حربيا في دار الحرب لم يعتق عليه قال في النهاية وبهذا يعلم ان قوله في دار الاسلام في الكتاب متعلق بمجموع ما ذكر قبله من قوله ولا فرق بين ما اذا كان المالك مسلما وكافرا لا ينحصر تعلقه بقوله او كافرا وقوله والمكاتب اذا اشتراه اخاه جواب عن قوله ولهذا امتنع النكاتب على المكاتب في غير الولاد وتقريره لا نسلم انه لا يكاتب عليه بل قد روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه يتكاتب على الاخ ايضا ولئن سلمناه فانما لا يتكاتب عليه لان المكاتب ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق لانه عبد ما بقي عليه درهم وانما الحق بالملاك فيما هو المقصود من الكتابة ومن لا قدرة له على الاعتاق فلا يعتق عليه لان فرض المسئلة عند القدرة فان قيل لو كان كذلك لما يعتق عليه قرابة الولاد اجاب بقوله بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة لان عتق نفسه لما كان مقصودا بالكتابة لانه لا يتغير بالرق فكذلك رق الوالد والولد فاذا كان من مقاصدها امتنع البيع فيعتق عليه تحقيقا لمقصود العقد واما حرية الاخ فليست من مقاصد عقد الكتابة لعدم لحوق العار برقه ولحوقه برق ابنه او ابيه وقوله وهذا بخلاف ما اذا ملك بنت عمه جواب نقض اجمالي تقريره لو كان تملك ذي الرحم المحرم علة لعتقه على من يملك لعتقت ابنة العم التي هي اخت من الرضاعة على ابن عمها اذا اشتراها وليس كذلك وتقرير الجواب ان المراد بالمحرمية محرمية اثرت فيها القرابة وهذه ليست كذلك لان الرضاع هو المؤثر وذكر هذا الجواب انما هو لزيادة الايضاح لانه كان معلوما من اصل دليله حيث قال ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية وهذه لم تكن

لم تكن كذلك والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذلك المجنون فاذا دخل قريبهما في ملكهما بغير صنع منهما كالارث والهبة عتق عليهما لان العلة وهي تملك ذي الرحم المحرم قدوجد وقد تعلق به حق العبد فيعتق وكان كالنفقة **قوله** ومن اعتق عبدا لوجه الله تعالى ومن قال لعبده انت حر لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من اهله مضافا الى محله من غير مانع شرعي فيترتب الحكم عليه ووصف القربة وهو كونه لوجه الله تعالى في الوجه الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الاخيرين يعني الشيطان والصنم وقوله وعتق المكره واضح وقد تقدم في الطلاق وان اضاف العتق الى ملك مثل ان يقول لعبد الغير ان اشتريتك فانت حر صح كما في الطلاق وان علق بشرط كقوله ان دخلت الدار فانت حر فكذلك اما الاضافة ففيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد تقدم بيانه واما التعليق بالشرط فلان الاعتاق اسقاط والاسقاط يجري فيه التعليق بالاتفاق بخلاف التمليكات والخلاف فيه بيننا وبين الشافعي رحمه الله بوجه آخر وهو ان زوال الملك عنده يبطل اليمين وعندنا لا يبطله فاذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق عندنا خلافا له وقد عرف في الاصول واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله صلى الله عليه وسلم في عبيد طائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله روى ابن عباس رضي الله عنه ان عبدين من الطائف خرجا فاسلما فاعتقهما النبي صلى الله عليه وسلم ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وقيد بالابتداء لجوازه عليه بقاء لانه في البقاء من الامور الحكمية دون الجزائية فيجوز بقاؤه كبقاء الاملاك بعد وجود اسبابها وقوله وان اعتق حاملا ظاهر وقوله اعتق هو دونها واعترض عليه بانه لو لم يعتق امه لجاز بيعها وهو لا يجوز بخلاف الهبة واجيب بانه لما اعتق ما في بطنها لم يبق الجنين على ملكه فهبة الامة بعد ذلك صارت بمنزلة ابتداء هبة الامة واستثناء الحمل في الهبة شرط فاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة

بخلاف البيع فانه يفسد بالشرط الفاسد على ما سيجيء وقوله واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز قيل عليه سلمنا ذلك لكن ينبغي ان يتوقف العتق الى ان يبلغ الحمل الى حد يكون من اهل القبول وهو ان يكون عاقلا يعقل العقد كما مر في خلع الصغيرة حيث قال فيه وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول بان كانت عاقلة تعقل العقد واجيب بان ذلك في صريح الشرط واما ههنا فالمسئلة مذكورة بكلمة على فكان ذكر المال ههنا وصفا للاعتاق ولا يلزم من بطلان الوصف بطلان الاصل فيثبت العتق ولا يجب المال كما في طلاق الصغير على مال وفيه نظر لانه يقتضي انه ان ذكر بكلمة الشرط توقف ولا بد فيه من رواية واعتباره بخلع الصغيرة غير صحيح لانه قال فيه وان شرط عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول والتوقف فيه مشروط بكونها من اهل القبول والحمل ليس منه والاولى ان يقال لما علم المعتق عدم كون الحمل اهلا للخطاب وقبول الشرط واقدم على العتق كان قاصدا للاعتاق بلا مال او يحمل حاله على ذلك صونا لكلامه عن الالغاء وقوله على ما مر في الخلع قال في النهاية هذه حوالة غير رائجة ويحتمل ان يكون مراده مسئلة الخلع في الجامع الصغير فانه في شروحه فرق بين الخلع والاعتاق لجواز وجوب بدل الخلع على الاجنبي دون الاعتاق لما ذكرنا في الخلع ان الاجنبي في معنى المرأة في عدم حصول شيء لهما بمقابلة المال فكما جاز عليها جاز على الاجنبي والاعتاق يثبت القوة الحكمية التي لم تكن للعبد قبله فكان في مقابلة شيء يحصل له والاجنبي ليس في معناه فيكون اشتراط المال عليه كاشتراط ثمن المبيع على غير المشتري وقوله وانما يعرف قيام الحمل واضح لان التيقن بوجود الحمل في البطن انما يحصل بذلك وقوله منه اي من وقت العتق وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل يعني ان الاصل ان يخلق الولد من ماء صاحب الماء ولا معارض له فيه اي في الولد لان ماء الامة لا يعارض ماءه لان ماءها مملوك

مملوك له فيكون المأ ان له بخلاف امة الغير لان ماءها مملوك لسيدها فتحققت المعارضة وولدها من زوجها مملوك لسيدها لتعارض المائين وترجح جانب الام بامور منها الحضانة وفيه نظر لان حق الحضانة انما يثبت بعد الولادة فلا يجوز ان يكون مرجحا لما هو قبلها ومنها استهلاك مائه بمائها لكون مائها في موضعه ومنها تيقن كونه مخلوقا من مائها بخلاف ماء الزوج فكان الفراش من جانبها حقيقة وحكما ومن جانبه حكما فقط والاول ارجح لا محالة ومنها ان الولد ما دام جنينا فهو بمنزلة عضو من اعضائها كيدها ورجلها الى ان يفصل شرعا وحسا اما حسا فانه يتنفس بتنفسها وينتقل بانتقالها حتى يقرض بالمقراض عند انفصاله منها واما شرعا فلانه يعتق بعتقها وفيه نظر لان الكلام في اثنائه فلا يستدل به عليه وقوله والمنافاة متحققة جواب عما يقال الترجيح يحتاج اليه بعد التعارض وتقريره التعارض موجود لان المنافاة متحققة فانه لو اعتبر جانب الام كان مملوكا لسيدها ولو اعتبر جانب الاب لا يكون مملوكا لسيدها فيثبت المنافاة بخلاف الولد من المولى فانه للمولى اي جانب اعتبر وقوله والزوج قد رضي به جواب عما يقال اذا اعتبر جانب الامة حتى يكون الولد مملوكا لمولاها تضرر الاب والضرر مدفوع شرعا وتقريره الزوج قد رضي برق الولد حيث اقدم على تزويج الامة عالما بان الولد يرق به وفيه نظر لان العلم بكون الولد رقيقا بتزوج الامة انما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته وقوله بخلاف ولد المغرور ظاهر وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح على ما ذكرنا فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية وانما اورد هذين اللفظين لتغائرهما من حيث الكمال والنقصان فان في المدبر وام الولد الملك كامل والرق ناقص وفي المكاتب على عكسه فعلى هذا يكون قوله والتدبير وامية الولد والكتابة كالتفسير لذلك والله اعلم بالصواب *

باب العبد الذي يعتق بعضه

اخر اعتاق البعض عن اعتاق الكل لكونه مختلفا فيه والمتفق عليه اولى بالتقديم واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي رحمه الله يعني اذا كان المعتق واحدا او موسرا ان كان العبد مشتركا واما اذا كان معسرا فملك الساكت باق كما كان حتى جاز له ان يبيع ويهب على ما سيجيء وكل ما لا يتجزى فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله قال صاحب الميزان المعنى من قولنا الاعتاق يتجزى ليس هو ان ذات القول يتجزى او حكمه يتجزى لانه محال بل معنى ذلك ان المحل في قبول حكم الاعتاق يتجزى فيتصور ثبوته في النصف دون النصف وحاصل الخلاف راجع الى ان اعتاق النصف هل يوجب زوال الرق عن المحل كله ام لا عنده لا يوجب بل يبقى كل المحل رقيقا ولكن زال الملك بقدره وعندهما يوجب زوال الرق عن الكل لهم ان الاعتاق اثبات العتق الذي هو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها الذي هو الرق لان المحل لا يخلو عن احدهما فازالة احدهما يوجب اثبات الآخر وهما لا يتجزيان بالاتفاق فكذلك الاعتاق والا لزم تخلف المعلول عن العلة او تجزى العتق لانه اذا تجزى فاما ان يثبت باعتاق البعض عتق كل الرقبة او لا يثبت شيء او يثبت بعضه وعلى كل من الاولين يلزم تخلف المعلول عن العلة وعلى الاخير يلزم تجزى العتق فصار الاعتاق كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد في عدم التجزي فان قلت قد تقدم ان الاعتاق عند الشافعي رحمه الله اسقاط كالطلاق فكيف جعله هٰهنا اثباتا للعتق قلت يجوز ان يكون فعل ذلك بطريق التغليب غلب جهتهما على جهته فقال لهم ان الاعتاق الى آخره ولابي حنيفة رحمه الله ان

ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك وهوالوصف الشرعي المطلق للتصرف او هواي العتاق ازالة الملك لا اثبات العتق بازالة ضده الذي هوالرق ولا هوازالة الرق ليلزم عدم التجزي لان الملك حقه اي حق المعتق والرق حق الشرع لان الكافر لما استنكف ان يكون عبد الله جازاه الله تعالى فصيره عبد عبده او حق العامة لان الغانمين كما كانوا يغتنمون غيرالرقيق يغتنمونه وحكم التصرف مايدخل تحت ولاية المتصرف وهوازالة حقه لاحق غيره وهذا كما ترى بناء لكلامه على احد الامرين كل منهما مستقل بافادة المطلوب وتقريره الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك والملك متجز فالاعتاق كذلك وانما قلنا بانه اثبات العتق بازالة الملك لا بازالة الرق لان الاعتاق تصرف وكل ماهو تصرف لايتعدى ولاية المتصرف فالاعتاق لايتعدى وولاية المتصرف انمايكون على ماهوحقه وحقه الملك فولايته انمايكون على الملك واما ان الملك متجزفذلك بالاجماع لكنه تعلق به امرغير متجز وهوالعتق وتعلقه به لايستلزم تجزيته ولا تجزية علته كجواز الصلوٰة فانه امرغير متجز تعلق بمتجز وهوالاركان وكذلك الطهارة امرغير متجز تعلق بمتجز وهو غسل الاعضاء المفروضة ولا يستلزم تجزيتها ولا علتها وهي ارادة الصلوٰة هذا تقرير احد الامرين وتقرير الآخر الاعتاق ازالة الملك والملك متجز فالاعتاق ازالة متجز وازالة المتجزي متجز وبيان ذلك ماذكرناه وهذ اسهل مأخذا ثم اذا تجزى الاعتاق بزوال بعض الملك احتبس مالية نصف العبد عنده فيجب عليه السعاية والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده اي عند ابي حنيفة رحمه الله لان الاضافة اي اضافة الاعتاق الى البعض يوجب ثبوت المالكية للعبد في الكل باعتبار العتق لانه لايتجزى وبقاء الملك في بعضه يمنعه عن ثبوت المالكية في الكل باعتبار الرق لانه لايتجزى فقد اجتمع في العبد مايوجب ثبوت المالكية في الكل وما يوجب بقاء الملك في الكل والعمل بالدليلين ممكن بانزاله مكاتبا فعملنا بهما وجعلناه مكاتبا لان المكاتب مالك يداً

مملوک رقبة كالمستسعي ويجوز ان يكون معناه انه واي معتق البعض مالک يد الاجل السعاية مملوک رقبة كالمكاتب ويجوز ان يكون معناه اضافة العتق الى البعض يوجب ثبوت مالكيته فى الكل كما هو قولهما وبقاء الملک في بعضه يمنعه كما هو قول ابي حنيفة رحمه الله فقلنا انه حريدا ومملوک رقبة كالمكاتب عملا بالدليلين واذا كان المستسعي كالمكاتب كانت السعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق فان قيل لوكان بمنزلة المكاتب لعاد رقيقا اذا عجز اجاب بقوله غير انه اذا عجز لا يرد رقيقا لانه اسقاط لا الى احد والاسقاط لا الى احد ليس فيه معنى المعاوضة لانها انما يتحقق بين اثنين واذا لم يتحقق فيه المعاوضة فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة فانها اسقاط من المولى الى المكاتب واقرار على تحصيل بدل الكتابة فكان فيها معنى المعاوضة فيقال ويفسخ وفي بعض النسخ لانه اسقاط الى اجل يعني بخلاف الكتابة المقصودة فان الاسقاط فيها الى اجل وهو وقت اداء البدل وقوله وليس فى الطلاق والعفو حالة متوسطة جواب عن قولهم وصار كالطلاق والعفو عن القصاص ووجهه انا لم نثبت العتق فى الكل لامكان العمل بالدليلين لوجود حالة متوسطة بين الحرية والرق وهي الكتابة فيصار اليها وليس فى الطلاق والعفو ذلک فاثبتناه فى الكل ترجيحا للمحرم واما الاستيلاد فهو متجزعنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله فان قيل لوكان الاستيلاد متجزيا لاطرد فى القنة ايضا اجاب بانه انما لم يتجز فى القنة لان المستولد لما ضمن نصيب صاحبه بافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد وصار كانه استولد جارية نفسه لان الاستيلاد عنده غير متجز **قوله** واذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق وكلامه واضح ونوقش مناقشة لفظية وهي ان اباحنيفة رحمه الله لايثبت عنده شيء من العتق فما وجه صحة قوله عتق واجيب بان المراد به يثبت استحقاق العتق او زوال ملک الشريک مع بقاء الرق في كل العبد

العبد وقوله فالولاء بينهما يشير الى ان الاختلاف في صفة السبب بان يكون اعتاق احدهما بمال واعتاق الآخر بدونه لاينا في ثبوت الولاء بينهما جميعا وقوله لهما في الثاني يعني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية قوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر والقياس فيه احد الامرين اما وجوب الضمان على المعتق موسرا كان او معسرا لان باعتاق نصيبه مفسد على الشريك نصيبه فانه يتعذر عليه استدامة ملكه والتصرف في نصيبه وضمان الافساد لايختلف باليسار والاعسار واما عدم وجوب الضمان على المعتق بحال لانه متصرف في نصيب نفسه والمتصرف في ملكه لا يكون متعديا فلا يلزمه الضمان وان تعدى ضرر تصرفه الى ملك الغير كمن سقى ارضه فنزت ارض جاره او احرق الحصائد في ارضه فاحترق شيء من ملك جاره ولكنهما ترك القياس بالحديث المروي رواه نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ومثله روى عروة عن عايشة رضي الله عنها ووجه الاستدلال به انه قسم والقسمة تنافي الشركة ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله لما قلنا يريد به قوله وله انه احتبس مالية نصيبه وقوله الا ان العبد فقير فيستسعيه قيل عليه اذا سعى فالقياس ان يرجع على المعتق لانه هو الذي ورطه وصار كالعبد المرهون فانه يرجع على الراهن بما سعى واجيب بان عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان عليه للساكت فكذلك تمنعه للعبد والعبد انما سعى في بدل رقبته وماليته وقد سلم له ذلك فلا يرجع به على احد بخلاف المرهون فان سعايته ليست في بدل رقبته بل في الدين الثابت في ذمة الراهن ومن كان مجبرا على قضاء دين في ذمة الغير من غير التزام من جهته يثبت له حق الرجوع به عليه كما في معير الرهن فان قيل ما ذكر من وجه ابي حنيفة رحمه الله فانما هو قياس في مقابلة النص وهو باطل اجيب بان النبي صلى الله عليه وسلم قسم على وجه الشرط لانه صلى الله عليه وسلم علق الاستسعاء بفقر المعتق وهو لاينافي الاستسعاء عند عدمه لان المعلق بالشرط يقتضي الوجود عند الوجود

ولا يقتضي العدم عند العدم فجاز ان تثبت السعاية عند وجود الدليل وان كان موسرا وجد ذلك على ما ذكرنا من وجه ابي حنيفة رحمه الله وقوله ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى وهو ملك النصاب هذا هو ظاهر الرواية ولم يستثن الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن والحسن قد روى استثناءه ويعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم الاعتاق وكذلك حال المعتق في يساره واعساره فان قال المعتق اعتقت وانا معسر وقال الساكت بخلافه نظر اليه يوم ظهر العتق كما في الاجارة اذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه وقوله لا يسار الغنى اشارة الى نفي ما ذهب اليه بعض اصحابنا ان الشرط يسار الغنى حتى لو ملك قدر نصيب الشريك وهو اقل من النصاب كان معسرا اعتبارا لليسار المعهود وقوله لان به اي بيسار اليسر يعتدل النظر من الجانبين جانب المعتق والساكت ويتحقق ما قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه وهذا لان قصد المعتق بالاعتاق القربة وتمام ذلك بعتق ما بقي وذلك انما يحصل بايصال حق الساكت اليه واذا ملك مقدار حقه من المال تمكن من اتمام قصده وايصال حق الساكت اليه فلا معنى للعدول الى غيره وقوله ثم التخريج على قولهما ظاهر يعني اذا علم ان هذه المسئلة مبنية على حرفين اي اصلين بقي الكلام في التخريج وهو على قولهما ظاهر لان الاعتاق اذا لم يكن متجزيا كان المعتق موقعا للعتق في النصيبين جميعا ويساره مانع عن السعاية فوجب عليه الضمان فانتفى السعاية ولا يرجع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حال اليسار للاصل الثاني فلو رجع لكان عليه السعاية والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته للاصل الاول واما التخريج على قوله فخيار الاعتاق للشريك بناء على الحرف الاول لان الاعتاق اذا كان متجزيا كان ملكه في الباقي قائما فجاز اعتاقه واما التضمين فلان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة وغير ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه من التدبير والكتابة

والكتابة وقائل ان يقول التضمين على مذهبه لايعتمد على احد الاصلين اما على الاصل
الثاني فظاهر واما على الاصل الاول فلان التجزي ان لم يكن مانعا من الضمان
فلايكون موجباله والجواب ان الحرفين مبنى المسئلة من حيث المذهبين لامن حيث
كل واحد منهما والضمان من مذهبهما معتمد على عدم التجزي لامحالة على انا
نقول التجزي ان لم يوجب الضمان من حيث هو تجزيوجبه من حيثية اخرى وهو
افساد النصيب فكان معتمدا عليه في الجملة **قوله** والاستسعاء معطوف على قوله والتضمين
وقوله لما بينا اشارة الى قوله وله انه احتبست مالية نصيبه عند العبد وهو مبني على الاصل
الثاني ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان
له ذلك اي اخذ القيمة بالاستسعاء بناء على الاصل الثاني فكذا من قام مقامه كالمدبر
اذا قتل في يد الغاصب وضمن القيمة كان له ان يرجع بما ضمن على القاتل ولانه
ملكه باداء الضمان ضمنا فصار كأن الكل له وقد اعتق بعضه فله ان يعتق الباقي او يستسعي
ان شاء وقوله ضمنا جواب عما يقال المكاتب لا يقبل النقل والمستسعى كالمكاتب فكيف
قبل ذلك وتقريره ان ذلك ضمني والضمنيات لاتعتبر وقوله والولاء للمعتق في هذا الوجه
يعني اذا ضمن المعتق وهو ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله احتبست مالية نصيبه وقوله
ولايرجع المستسعى على المعتق ظاهر وقد قدمناه جوابا لسؤال وقوله وقول الشافعي
رحمه الله في الموسر بيان موضع خلاف الشافعي رحمه الله فانه ذكره في اول الباب
مطلقا فاحتاج الى ان يبينه ههنا وقوله ولا راض به اي بالاعتاق لان الرضاء انما يتحقق
بعد العلم والمولى منفرد بالاعتاق فلا يكون العبد عالما به فلايكون راضيا وقوله فتعين
ما عيناه يعني عتق ما عتق ورق ما رق وقلنا الى الاستسعاء سبيل لان الاستسعاء لا يفتقر
في وجوده الى الجناية كما في اعتاق العبد المرهون اذا كان الراهن معسرا بل يبتني
على احتباس المالية وهو موجود كما تقدم غير مرة واذا كان الى الاستسعاء سبيل فلا يصار

الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية الحاصلة من اعتاق البعض والضعف السالب لها لصحة البيع وامثاله في شخص واحد **قوله** ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه كلامه واضح الامانبه عليه وقوله بالعتق اي بالاعتاق وقوله في زعمه اي في زعم كل واحد منهما وقوله يصدق يعني كل واحد منهما في حق نفسه وقوله لانه مكاتبه اي على تقدير الصدق وقوله او مملوكه يعني على تقدير الكذب فهو لف ونشر مشوش وانما تيقنا بحق الاستسعاء على التقديرين لان المولى اذا كان كاذبا في قوله اعتق شريكي نصيبه يكون الكسب للمولى والمراد بالاستسعاء هوان يكون الكسب للمولى واذا كان صادقا في قوله اعتق شريكي يكون مقرابان العبد صار مكاتبا باعتبار تجزى الاعتاق عند ابي حنيفة رحمه الله فكان الاستسعاء حينئذ بمنزلة اخذ بدل الكتابة وذلك جائز ايضا وقوله لان حقه في الحالين اي لان حق المولى في حال اليسار والاعسار في احد شيئين اي التضمين او الاستسعاء وقوله وقد تعذر التضمين لانكار الشريك اعترض عليه بانه لم يتعذر التضمين على تقدير التحليف فانه لما انكر يحلف فاذا نكل وجب الضمان واجيب بانه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما انه اعتقه صاحبه يحلف ولم يجب الضمان على تقدير الحلف فيتعين السعاية فلا فائدة في التحليف بل يتعين السعاية بلا تحليف لان مآله اليه وقوله على ما بيناه يريد به قوله لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان اوصادقا كذا في النهاية وقيل هو اشارة الى قوله لانه مكاتبه او مملوكه ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى ادخل ام لا عتق النصف وسعى لهما في النصف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لكن عند ابي حنيفة رحمه الله لا فرق بين ان يكونا موسرين او معسرين او كان احدهما موسرا والآخر معسرا لان يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية على العبد فحالهما في استحقاق النصف الباقي على السواء وعند ابي يوسف رحمه الله ان كانا معسرين فكذلك وان

وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما في شيء لان كل واحد منهما يتبرأ عن السعاية ويدعي الضمان على شريكه لان يسار المعتق يمنع السعاية وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا سعى في ربع قيمته للموسر منهما لان المعسر يدعي الضمان على شريكه ويبرأ من سعاية العبد فيسقط حصته عنه والموسر يدعي السعاية على العبد فيسعى له في حصته وقال محمد رحمه الله يسعى في جميع قيمته بينهما نصفين ان كانا معسرين وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما في شيء وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا سعى في نصف قيمته للموسر منهما لان المعسر يتبرأ عن السعاية والموسر يدعيها فان يسار المعتق عنده ايضا يمنع وجوب السعاية ووجه قول محمد رحمه الله فيما اذا كانا معسرين ان المقضي عليه بسقوط حقه في السعاية وهو الحانث منهما مجهول والمجهول لا يجوز القضاء عليه فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضي بشيء للجهالة كذا هذا ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي بوجوب الكل وقوله والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع جواب عن قوله المقضي عليه مجهول فان قيل في التوزيع فساد وهو اسقاط السعاية عن غير المعتق وايجابه للمعتق اجيب بان ذلك محتمل ضرورة دفع الضرر عن العبد وذلك لانا لو لم نقل بالتوزيع وقلنا بوجوب كل السعاية كما قال محمد رحمه الله كان فيه ابطال حق العبد من كل وجه واما اذا قلنا بالتوزيع فقد كان فيه ابطال حق غير المعتق من وجه فكان التوزيع اولى وقوله ويتأتى التفريع فيه قد امضيناه في اثناء الكلام وقوله ولو حلفا على عبدين ظاهر وكذلك قوله واذا اشترى الرجلان الا ما نذكره وقوله ولا ضمان عليه اي على الاب وقوله وكذا اذا ورثاه يعني بالاتفاق وصورته امرأة اشترت ابن زوجها فماتت عن اخ وزوج كان النصف للزوج ويعتق عليه او امرأة لها زوج واب ولها غلام وهو ابو زوجها فماتت المرأة صار غلامها ميراثا بين زوجها وابيها وقوله وقالا في الشرى اشارة الى ما ذكرنا من الاتفاق في صورة الارث

وقوله قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه انما قيد بالنصف لانه اذا حلف بعتقه ثم اشتراه بشركة الآخر لا يعتق عليه لان الشرط شراء كل العبد ولم يوجد ووجه قولهما على ما ذكره في الكتاب ظاهر ووجه قوله ما ذكره فيه وتقريره الشريك الآخر رضي بافساد نصيبه ومن رضي بذلك لا يضمن المفسد كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك اي الدليل على رضاه بافساد نصيبه انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن الكفارة عندنا والمشاركة في علة العتق رضى بالعتق لا محالة والمراد بالعلة علة العلة لان الشراء علة التملك والتملك في القريب علة العتق والحكم يضاف الى علة العلة اذا لم يصلح العلة للاضافة اليها وههنا كذلك لان التملك حكم شرعي يثبت بعد مباشرة علته بغير اختيار بخلاف الارث فانه لا اعتاق هناك ولهذا لا يخرج به عن الكفارة وقوله وهذا ضمان افساد يجوز ان يكون جوابا عما يقال انما كان الرضى مسقطا للضمان ان لو كان ضمان افساد واما اذا كان ضمان تملك فلا يسقط به كما لو استولد احد الشريكين الجارية باذنه فانه لا يسقط به الضمان لانه ضمان تملك اذ الاستيلاد موضوع لطلب الولد لا للعتق فلا يمكن ان يجعل الواجب به ضمان عتق وهو غير موضوع له فكان ضمان تملك ووجه الجواب انه ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضاء وانما قيد بقوله في ظاهر قولهما لانه روي عن ابي يوسف رحمه الله ان هذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار فلا يسقط الضمان وقوله ولا يختلف الجواب بين العلم اي بالقرابة وعدمه في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان الحكم يدار على السبب اي العلة كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه والسبب قد وجد بامر وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه فصل بين ما اذا كان عالما بالقرابة وبين ما اذا لم يكن عالما بها في حكم الضمان لان الرضاء لا يتحقق الا اذا كان عالما بها وقوله وان بدأ لا جنبي ظاهر مما تقدم وكذلك قوله ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر وانما قيد بقوله

بقوله ممن يملك كله لانه اذا اشترى نصيب احد الشريكين منه يضمن الساكت بالاجماع .
وقوله والوجه قد ذكرناه اشارة الى قوله لهما انه ابطل وله انه رضي **قوله** واذا كان
العبد بين ثلثة نفراذا كان العبد بين ثلثة نفرفدبره احدهم وهوموسر ثم اعتقه الآخروهو
موسرفارادوا الضمان اي اراد الان مريد الضمان انما هوالساكت والمدبردون المعتق
فكان المراد بالجمع التثنية اواطلق الجمع بطريق التغليب فللساكت ان يضمن المدبرولا يضمن
المعتق وللمدبران يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وبيان ذلك
ان قيمة العبداذا كانت سبعة وعشرين دينارامثلافان الساكت يضمن المدبرتسعة والمدبريضمن
المعتق ستة وذلك لان قيمة المدبرثلثا قيمة القن لمايذكره فبالتدبيرتلفت منه تسعة فكان الاتلاف
بالاعتاق واقعا على قيمة المدبروهي ثلثا قيمة القن وهوثمانية عشروثلث ثمانية عشرستة
فيضمن المدبرالمعتق تلك الستة فقط ولايضمن التسعة التي هي نصيب الساكت مع تلك الستة
التي يضمن اياها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا العبد للمدبرويضمن ثلثي قيمته لشريكه
موسراكان اومعسرا **قوله** واصل هذا ظاهروقوله على مامراشارة الى قوله لان المعتق جان
عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة الى آخره وقوله غيران له ان يضمن المدبر
بيان حصرالضمان على المدبربعدما كان الاعتاق ايضا سبب ضمان وتقريرذلك
ان ضمان المدبرضمان معاوضة وضمان المعتق ضمان جناية واتلاف والاصل في الضمان
هوضمان المعاوضة فلايعدل الى غيره الاعند العجزواماان ضمان المدبرضمان معاوضة
فلانه يضمن مااتلفه بالتدبيروهوكان قابلا للنقل فكان ضمانه مقابلا بذلك فانعقد سبب
الضمان موجبا لملك المضمون بخلاف ضمان الاعتاق فانه يضمن مااتلفه وما اتلفه كان
بعدتدبيرالمدبروذلك غيرقابل للنقل فكان ضمانه ضمانا من غيرتملك المضمون وذلك
خالص ضمان الجناية واماان الاصل في الضمان ضمان المعاوضة فواضح ولهذا جعل الغصب
ضمان معاوضة على اصلنا ومما يدل على ان ضمان المدبرضمان معاوضة ان من غصب

مدبرا فاكتسب عند الغاصب كسبا ثم ابق فلم يرجع من اباقه حتى مات كان ذلك الكسب للغاصب قال في النهاية والمسئلة في آخر باب النهي من اصول الفقه لشمس الائمة السرخسي رحمه الله وانما يكون الكسب للغاصب اذا كان المدبر ملكا للغاصب عند اداء الضمان فلما اعتبر ضمان المدبر وهو غير قابل للنقل ضمان معاوضة فلان يعتبر ضمان المدبر وما اتلفه تدبيره قابل للنقل ضمان معاوضة كان اولى وقوله لانه عند ذلك مكاتب او حر على اختلاف الاصلين قال الامام جلال الدين ابن المصنف رحمه الله هذا غير مستقيم وكذا قوله لابد من رضاء المكاتب بفسخه لانه عند الاعتاق ليس بمكاتب ولا حر وانما يصير كذلك بعد الاعتاق والمستسعى عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان بمنزلة المكاتب الا انه لا ينفسخ بالعجز ولا بالتفاسخ وانما الصحيح ان يقال لانه عند ذلك مدبرا قول للساكت حق الاستسعاء وكل من فيه حق الاستسعاء بمنزلة المكاتب كما ان من فيه حق البيان كذلك على ما سيجيء في هذا الكتاب في مسئلة الثابت والخارج والداخل ان للمولى حق بيان الايجاب الاول في كل واحد من الثابت والخارج فما دام له حق البيان كان كل منهما حرا من وجه عبدا من وجه فكان الثابت كالمكاتب فكذا ههنا ما دام له حق السعاية في المدبر كان بمنزلة المكاتب واما ان الكتابة تقبل الفسخ فقد تقدم في فصل كفارة الظهار انها تنفسخ مقتضى الاعتاق فكذلك تنفسخ بالتراضي وقوله على ما قالوا اشارة الى ان فيه اختلافا قال بعضهم نصف قيمة القن لان قبل التدبير كان له فيه نوع منفعة البيع وما شاكله ومنفعة الاجارة وما شاكلها وقد زال احدهما وهو البيع وبقي الآخر وقال بعضهم قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحزر والظن والاصح ما قاله في الكتاب لان منفعة الوطء والسعاية باقية ومنفعة البيع زائلة وقيل الفتوى على الاولى وقوله ولا يضمنه قيمة ماله بالضمان يعني ان المدبر لما ادى ضمان نصيب الساكت وهو ثلث قيمته فملك المدبر نصيب الساكت واجتمع في ملك المدبر ثلثا العبد وله ان يضمن قيمة ما كان له في الاصل وهو الثلث مدبرا

مدبرا لان نصيبه بعد التدبير كان منتفعا به من الوجه الذي ذكرنا وفسد بالاعتاق فيضمن وليس له ان يضمن المعتق قيمة الثلث الذي تملك عن الساكت باداء الضمان لوجهين احدهما انه ملك المضمون مستندا والمستند ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والثاني انه لما انتقل نصيب الساكت الى المدبر قام المدبر مقام الساكت في ذلك الثلث والساكت لا يملك تضمين المعتق فكذلك من قام مقامه وبالوجه الثاني يندفع ماقيل على ما في الكتاب ان احد الشريكين اذا اعتق نصيبه وهو موسر يضمن للساكت قيمة نصيبه ويرجع المعتق على العبد وان ثبت له الملك مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه ووجه ذلك ان المدبر قام مقام الساكت باداء الضمان وليس للساكت تضمين المعتق لما ذكرنا من تعيين تضمين المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة لكونه الاصل فكذلك من قام مقامه واما المعتق فلما قام مقام الساكت باداء الضمان وكان للساكت ولاية الاستسعاء كان للمعتق ايضا تلك الولاية وقوله والولاء بين المعتق والمدبر اي بين عصبة المدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار فان قيل لوكان اداء الضمان يثبت ملك نصيب الآخر كان للمعتق ثلثا الولاء ايضا لانه ادى الى المدبر ثلث قيمته مدبرا اجيب بان ضمان المعتق الى المدبر ضمان اتلاف لا ضمان معاوضة لما ذكرنا ان المدبر غير قابل للنقل من ملك الى ملك فلم يملك المعتق شيئا بمقابلة ماضمن واما المدبر فقد ملك نصيب الساكت عند اداء الضمان مستندا الى وقت التدبير على ما مر فصار كانه دبر ثلثيه من الابتداء مستندا فيثبت له ثلث الولاء وللمعتق الثلث لما ان نصيب الساكت بعد ما انتقل الى المدبر لا ينتقل الى المعتق وقوله لانه ضمان تملك اي ضمان التدبير ضمان تملك لانه يملك كسبه وخدمته فلا يختلف باليسار والاعسار كضمان الاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية وهو يختلف باليسار والاعسار واعترض بان قولكم ضمان الجناية يختلف باليسار والاعسار اردتم به

مطلق ضمان الجناية او الجناية بالاعتاق والاول مردود بان من كسر جرة انسان مثلا او اتلف ملكا من املاكه فانه يجب عليه الضمان موسرا كان او معسرا والثاني تحكم واجيب بان المراد به الثاني والتحكم مدفوع لثبوته بقوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى العبد في حصة الآخر فلا يقاس عليه غيره لكونه على خلاف القياس **قوله** واذا كانت جارية بين رجلين واذا كانت الجارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه فهي موقوفة يوما اي ترفع عنها الخدمة يوما وتخدم للمنكر يوما عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة كلها لا سبيل عليها يعني للمقر بالاستسعاء لهما انه لما لم يصدقه وتقريره ان المقر لو اقر على نفسه بالاستيلاد صح فاذا اضافه الى من يملك ولم يصدق ذلك انقلب اقراره عليه واذا انقلب اقراره عليه صار كأنه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع فانه يجعل كأنه اعتقه واذا انقلب اقرار المقر على نفسه امتنع الخدمة للمنكر لان المقر صار باقراره كالمستولد لها ولا يمكن للمنكر تضمين المقر لانه ما اقر على نفسه بالاستيلاد فكان نصيب المنكر على ملكه في الحكم محتبسا عند الجارية فيخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت تخرج الى العتق بالسعاية لتعذر ابقائها في يد المولى وملكه بعد اسلامها واصراره على الكفر ولابي حنيفة رحمه الله ان المقر لو صدق تقريره موقوف على مقدمة وهي ان الخبر ينقسم الى صادق وكاذب قسمة حقيقية لا يجتمعان ولا يرتفعان بناء على ان صدق الخبر وكذبه راجعان الى مطابقة الواقع وعدمها فالمقر اما ان يكون صادقا في اقراره او كاذبا فان كان الاول كانت الخدمة كلها للمنكر وان كان الثاني كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرأ عن جميع ذلك اما عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد واما عن الاستسعاء فبدعوى الضمان

الضمان ففي كلامه لف ونشر على ماترى وقوله والاقرار بامومية الولد يتضمن
الاقرار بالنسب جواب عن قولهما كأنه استولدها يعني انه لما اقر بامومية الولد تضمن
اقراره بها الاقرار بالنسب والاقرار بالنسب امر لازم لا يرتد بالرد حتى ان الرجل اذا
اقر بنسب صغير لرجل وكذبه المقر له ثم اقر المقر بنسب ذلك الصغير لنفسه لم يصح لان النسب
لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد **قوله** وان كانت ام ولد بينهما بان ولدت
جارية بين رجلين ولدا فادعياه فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية ام الولد غير متقومة عنده خلافا لهما وعلى
هذا الاصل تبتني عدة مسائل ذكرها المصنف رحمه الله في كفاية المنتهي منها انها اذا مات
احدهما حتى عتقت لم تسع للآخر عنده وعندهما تسعى ومنها انها اذا ولدت فادعاه احدهما
ثبت نسبه منه ولا شيء عليه لشريكه من الضمان ولا سعاية على الولد عنده وعندهما يضمن نصف
قيمته لشريكه ان كان موسرا ويسعى الولد في نصف قيمته ان كان معسرا ومنها اذا غصب
ام ولد فهلكت عنده لم يضمن شيئا عنده خلافا لهما وجه قولهما في تقوم ام الولد انها منتفع بها
وطئا واجارة واستخداما بالاتفاق وكل ما هو كذلك فهو متقوم لان حل الوطء لا يكون
الا بملك اليمين عند عدم ملك النكاح الا يرى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها
السعاية ولولا تقومها لم يكن كذلك فان عورض بان بيعها ممتنع وذلك دليل على عدم
التقوم اجاب بقوله وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر وقوله غير ان قيمتها بيان لمقدار
القيمة وهو واضح ولابي حنيفة رحمه الله ان التقوم بالاحراز للتمول ولا احراز للتمول في
ام الولد لانها محرزة للنسب لا للتمول وقوله لا للتقوم معناه لا للتمول وكذلك في قوله
والاحراز للتقوم تابع اي ليس بمقصود لانه اذا حصنها واستولدها ظهر ان احرازه للاستمتاع
بملك المتعة لا لقصد التمول وقوله ولهذا لا تسعى لغريم جاز ان يكون بيانا وتوضيحا لقوله
والاحراز للتقوم تابع يعني انه لو كان مقصود السعت لغريم او وارث لتعلق حق الغرماء به

بعد موته لكن اللازم باطل فالملزوم كذلک وجاز ان يكون بيانا لقوله وهي محرزة للنسب لا للتقوم وقوله بخلاف المدبر جواب عن قولهما كما في المدبر يعني بخلاف المدبر فانه ليس بمحرز للنسب ولهذا يتعلق به حق الغرماء وقوله وهذا اشارة الى الفرق بين ام الولد والمدبر وبيانه ان السبب فيهما اي في ام الولد متحقق في الحال وهي الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة وكان ذلک يقتضي سقوط الملک والتقوم جميعا الا انه لم يظهر عمله في حق زوال الملک ضرورة الانتفاع كما لم يظهر في زوال ملک النكاح لذلک ولا ضرورة في عدم اسقاط التقوم فعمل فيه السبب واما في المدبر فان السبب ينعقد بعد الموت لان قوله ان مت فانت حر تعليق محض والمعلق بالشرط لا ينعقد سببا عندنا قبل وجوده على ما عرف وقوله وامتناع البيع فيه جواب عن قولهما وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها وتقريره كان القياس ان لا يمتنع بيع المدبر الا انه انما امتنع تحقيقا لمقصوده اذ لو جاز البيع لامتنع مقصود المدبر وهو العتق بعد موته وقوله وفي ام ولد النصراني جواب عن ما قاسى عليه وقوله قضينا بكتابتها عليه ليس المراد به حقيقة الكتابة ولكن لما حكمنا بانها تخرج عن ملكه باداء القيمة كانت في معنى المكاتبة وانما فعلنا هذا دفعا للضرر عن الجانبين اما في حق ام الولد فلئلا يبقى تحت نصراني وهي مسلمة واما في حق النصراني فلئلا يبطل ملكه مجانا فلما كانت هي بمعنى المكاتبة كان مادته في معنى بدل الكتابة وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى تقوم ما يقابله لانه في الاصل مقابل بفک الحجر وفک الحجر غير متقوم فلذلک قلنا ان مكاتبتها لم يقتض تقوم ام ولد النصراني فاطرد ما قلنا والله اعلم بالصواب *

باب عتق احد العبدين

لما فرغ من بيان عتق بعض العبدين عتق احد العبدين وقدم الاول لان الواحد قبل الاثنين ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر

آخر فقال احدكما حر ولنسم كلا منهم باسم الفعل الذي اتصف به في كونه خارجا وداخلا وثابتا يؤمر المولى بالبيان مادام حيا لانه هو المجمل فيرجع في البيان اليه ويعتق الذي عينه فان بين الكلام الاول في الخارج عتق الخارج ويؤمر بالبيان في الكلام الثاني ويعتق عليه من عينه وان بين الكلام الاول في الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثاني لانه صار خبرا فلا يستحق به العتق كما لو جمع بين حر وعبد وقال احدكما حر لا يعتق العبد وان بدأ ببيان الكلام الثاني وقال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق الداخل ويؤمر ببيان الكلام الاول وان قال عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق الثابت بالكلام الثاني وتعين الخارج للكلام الاول فيعتق الخارج ايضا وان مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول يعني الثابت اعيد عليه قوله احدكما حر ثلثة ارباعه ونصف كل واحد من الآخرين يعني الخارج والداخل عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله كذلك يعني يعتق من الثابت ثلثة ارباعه ومن الخارج نصفه الا في العبد الآخر وهو الداخل فانه يعتق ربعه باعتبار الاحوال والاصل في اعتبار الاحوال في حالة الاشتباه ماروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث اناسا الى بني خشعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فلما بلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بنصف العقل باعتبار الاحوال وذلك لان السجود منهم كان محتملا ان يكون لله فكان اسلاما ويجب بقتلهم جميع الدية وان يكون لغير الله تقية من القتل على ما كان عليه عادتهم من السجود لتعظيم عظمائهم توقيا من شرهم فلا يجب بقتلهم دية فلما وجبت من وجه ولم تجب من وجه وجب النصف واسقط النصف وعلى هذا مسائل اصحابنا فان قيل ما بال ابي حنيفة رحمه الله في الخنثى يعطيه اقل النصيبين من غير اعتبار الاحوال اجيب بانه انما يجب المصير الى اعتبار الاحوال في موضع يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار كالذي نحن فيه والخنثى ليس كذلك لانه اذا بلغ مبلغ الرجال او النساء لا بد

ان يتفكك لهاذي اوتنبت له لحية و حينئذ يرتفع الاشتباه والوجه من الجانبين ماذكره في الكتاب وهو واضح هذا اذا كان في الصحة فان كان القول منه في المرض فان كانوا يخرجون من الثلث فالجواب كذلك فان لم يخرجوا كان الثلث وهو عتق رقبة يقسم بينهم على قدر سهام وصاياهم لان العتق حينئذ وصية والوصية تنفذ من الثلث فيضرب كل بمقدار وصيته فيجعل اولا كل رقبة على اربعة اسهم لحاجتنا الى ثلثة الارباع فالخارج يضرب بنصف الرقبة وهو سهمان وكذا الداخل ويضرب الثابت بثلثة الارباع وهي ثلثة اسهم فمجموع سهام الوصايا سبعة فاذا كان الثلث سبعة كان الجميع احدا وعشرين وثلثاه اربعة عشر لا محالة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في خمسة وكذلك الداخل يعتق من الثابت ثلثة اسهم ويسعى في الاربعة واما على قول محمد رحمه الله فيضرب الخارج بسهمين والثابت بثلثة اسهم والداخل بسهم فكان سهام الوصايا ستة واذا كان الثلث ستة كان جميع المال ثمانية عشر فالخارج يعتق منه سهمان ويسعى في اربعة والثابت يعتق منه الثلثة ويسعى في ثلثة والداخل يعتق منه سهم ويسعى في خمسة فكان نصيب السعاية وهو نصيب الورثة اثنى عشر وسهام الوصايا ستة فان قيل ينبغي ان يعتقوا ولا سعاية عليهم اصلا اجازت الورثة اولم تجيزوا عندهما لان الاعتاق لا يتجزى اجيب بان الاعتاق عندهما لا يتجزى اذا صادف محلا معلوما اما اذا كان بطريق التوزيع والانقسام باعتبار الاحوال فلا لان ثبوته حينئذ بطريق الضرورة وما كان كذلك لايتعدى موضعها وقوله ولو كان هذا اي ولو كان هذا الكلام في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه وهي مسئلة الزيادات يحتج بها محمد رحمه الله عليهما حيث اختلف فيها نصيب الداخلة والخارجة وصورة المسئلة واحدة والثمن من الصداق بمنزلة الربع من العتاق لان المستحق بالطلاق سقوطا على النصف من المستحق بالعتق ثبوتا

نبوت في الايجاب الثاني فقيل هذا على قول محمد رحمه الله فلا يكون حجة عليهما
لان عندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا ولا بد من الفرق بين العتق والطلاق ونفرق
بان الثابت في العتق بمنزلة المكاتب لانه حين تكلم كان له حق البيان وصرف العتق
الى ايهما شاء من الثابت والخارج فما دام له حق البيان كان كل واحد من العبدين حرا
من وجه عبدا من وجه فاذا كان الثابت كالمكاتب كان الكلام الثاني صحيحا من كل
وجه لانه دائر بين المكاتب والعبد الا انه اصاب الثابت منه الربع والداخل النصف
لما قلنا فاما الثابتة في الطلاق فمترددة بين ان تكون منكوحة وبين ان تكون اجنبية
لان الخارجة ان كانت المرادة بالايجاب الاول كانت الثابتة منكوحة فيصح الايجاب
الثاني وان كانت الثابتة هي المرادة بالايجاب الاول كانت اجنبية ويلغو الايجاب
الثاني فجعلت اجنبية من وجه دون وجه فصح الايجاب الثاني من وجه دون وجه
فيسقط نصف النصف وهو الربع موزوعا بين مهر الداخلة والثابتة فيصيب كل واحدة
منهما الثمن واما التفريعات فمنها ما ذكرنا في اول البحث اذا كان المولى والعبيد احياء
ومنها اذا كان المولى حيا ومات احد العبيد فان مات الثابت عتق الخارج والداخل
اما الخارج فلان الكلام الاول اوجب عتق رقبة بينه وبين الثابت فبطلت بموته مزاحمته
وكذلك الكلام الثاني اوجب عتق رقبة بين الثابت والداخل وبطلت مزاحمة الثابت
هذا عندهما واما عند محمد رحمه الله فانما يعتق الخارج لما قلنا واما الداخل فلان الثابت
لما تعين للرق بموته ظهر ان الكلام الثاني صحيح بكل حال فصار قوله كقولهما وان مات
الداخل قبل للمولى اوقع العتق على ايهما شئت من الخارج والثابت فان اوقعه على
الخارج عتق الثابت ايضا لانه ظهر انه كان عبدا عند الايجاب الثاني وبطلت مزاحمة الداخل
بموته وان اوقعه على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة وكذا الداخل لان المضموم
اليه حر قال الامام فخر الاسلام في شرح الزيادات هذا عند محمد رحمه الله فاما عندهما

فيجب ان يعتق الخارج والثابت لان الكلام الثاني صحيح فتعين له الثابت بموت الداخل فاوجب تعيينه تعين الخارج بالكلام الاول وان مات الخارج تعين الثابت بالكلام الاول ويبطل الكلام الثاني لان المضموم اليه حر هذه تفريعات العتاق واما تفريعات الطلاق فمنها ان الزوج اذا كان حيا والنسوة احياء واوقع الطلاق الاول على الخارجة صح الكلام الثاني وله الخيار في تعيين الثابتة او الداخلة بالثاني وان اوقعه على الثابتة لغا الكلام الثاني وان اوقع الطلاق الثاني على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة او الثابتة بالكلام الاول ومنها ان الثابتة لو ماتت والزوج حي طلقت الخارجة والداخلة لما قلنا من بطلان المزاحمة بموتها ولكل واحدة ثلثة ارباع المهر وان ماتت الداخلة كان مخيرا في الاخيرين بالكلام الاول فان اوقعه على الخارجة طلقت الثابتة ايضا لانعدام مزاحمة الداخلة بالموت وان اوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة وان ماتت الخارجة طلقت الثابتة ولم تطلق الداخلة لما مر في مسئلة العتاق ومنها ميراث النساء وهو الربع او الثمن ينقسم بين الداخلة وبين الاوليين نصفين نصفه للداخلة لما مر في انه لا يزاحمها الا احدى الاوليين والنصف الآخر بين الاوليين لان احدٰيهما ليست باولى

قوله ومن قال لعبديه احدكما حر كلامه على ما ذكر في الكتاب واضح خلا ان قوله لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت اورد عليه بما لو قال لامتيه احدى هاتين ابنتي اوام ولدي وماتت احدٰيهما لم تتعين الحرية والاستيلاد في الحية اجيب بان هذا الكلام ليس بايقاع بصيغته بل هو اخبار ويجوز ان يخبر بهذا عن الميت والحي فرجع الى بيان المولى فاما الانشاء فلا يصح الا في الحي واما في مسئلتنا فانما يتعين احدهما للحرية اذا مات الآخر لان البيان قائم بوصفين بوصف الانشاء وبوصف الاظهار وهذا لان قوله احدكما حر لا يثبت العتق في واحد منهما بعينه ولهذا قيل فيه العتق غير ثابت فبالنظر الى هذا يكون البيان انشاء ومن حيث ان العتق لا يعدو هما كان البيان اظهارا ولهذا يعتبر

يعتبر البيان من جميع المال ان كان في مرض الموت لوجود العتق المبهم في الصحة واذا كان كذلك فانما يصح البيان في محل يحتمل الانشاء والميت لا يحتمل الانشاء فتعين الآخر للعتق ضرورة وقوله وكذلك اذا استولد احدٰيهما يعني اذا وطئ احدٰيهما فعلقت منه لانها صارت ام ولد له ومن ضرورة صحة امية الولد واستحقاق العتق بها انتفاء العتق المنجز عنها واذا انتفى عن احدٰيهما تعين في الاخرى لزوال المزاحمة وقوله للمعنيين يعني عدم محلية العتق بالاستيلاد من كل وجه وابقاء الانتفاع الى موته ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والبيع المطلق عن الخيار والبيع بشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب يعني الجامع الصغير حيث قال فيه باع احدهما ولم يقيده بشيء والمعنى ما قلنا وهو انه قصد الوصول الى الثمن والوصول اليه ينافي العتق فتعين الآخر له والعرض على البيع ملحق بالبيع في المحفوظ عن ابي يوسف رحمه الله روى ابن سماعة عن ابي يوسف رحمه الله اذا ساوم احدهما كان بيانا يعني لتعيين العتق في الآخر قيل مثل هذه العبارة يستعمل فيما سمع وحفظ ولم يثبت الرواية عنه مكتوبة وقوله والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع قيل التسليم ليس بشرط وانما ذكره تاكيدا لان محمدا رحمه الله ذكره في الاملاء اذا وهب احدهما واقبضه او تصدق واقبض عتق الآخر ولان البيع الفاسد يعين الآخر للعتق وان لم يكن قبض فكذلك الهبة والصدقة لان كلا منهما لا يفيد الملك بدون القبض وهذا لان التعيين انما يحصل لوجود تصرف يختص بالملك وقد وجد وكذلك اذا قال لامرأتيه احدٰكما طالق ثم ماتت احدٰيهما لما بينا ان الميت لم يبق محلا للعتق فكذلك لم يبق محلا للطلاق فتعينت الاخرى له وكذا لو وطئ احدٰيهما لما تبين في المسئلة التي بعد هذه ولو قال لامتيه احدٰكما حرة ثم جامع احدٰيهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تعتق لان الوطئ لا يحل الا في الملك واحدٰيهما حرة لا ملك فيها فالوطئ لا يحل

فيها فاذا وطئ احدهما جعل مستبقيا للملك فيها ليقع الوطئ حلالا حملا لامره على الصلاح فاذا تعينت تلك للملك تعينت الاخرى لزواله بالعتق ولابي حنيفة رحمه الله ان الملك قائم في الموطوءة اي في التي توطأ من كل منهما واذا كان الملك قائما كان وطئها حلالا اما ان الملك قائم فلان ايقاع العتق انما هو في المنكرة وهي اي الموطوءة غير منكرة بل هي معينة فلا يكون الايقاع فيها واذا لم يكن الايقاع فيها لا يكون الملك عنها زائلا واما ان الملك اذا كان قائما كان الوطئ حلالا فظاهر لا يحتاج الى بيان واذا كان الوطئ حلالا لم يكن بيانا لان كل واحدة منهما على هذه الصفة ولهذا حل وطئهما على مذهبه وهذا في غاية الدقة ويلوح منها سيماء التحقيق الا انه لا يفتى به قيل لان المنكرة التي يثبت فيها العتق لا يخلو عنهما ومبنى الحل والحرمة على الاحتياط وهو فاسد لان فيه تلويحا الى ترك ابي حنيفة رحمه الله الاحتياط وارى انه لا يفتى به لئلا يتخذ مغمزا لابي حنيفة رحمه الله بترك الاحتياط فان قيل العتق اما ان يكون نازلا اولا فان كان غير نازل كان اهمالا للفظ عن مدلوله وان كان نازلا لا يجوز وطئها اجاب على كل واحد من الشقين فقال على الشق الثاني ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به اي لتعلق العتق بالبيان فكان كالعتق المعلق بدخول الدار وهو غير نازل قبل الدخول فكذا هذا وقال على الشق الاول اويقال نازل اي العتق نازل في المنكر فيظهر في حق حكم يقبله كالبيع فان المنكر يقبله بان يشتري احد العبدين على ان المشتري بالخيار فيهما فانه يصح والوطئ لا يقبله المنكرة لانه يصادف المعينة اذ هو امر حسي لا يقع الا في المعين ووطئ غير المعين غير ممكن فلا يكون الوطئ بيانا في الاخرى فان قيل كيف وقع بيانا في الطلاق اجاب بقوله بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطئ يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد

الولد فلا يدل على الا ستثناء وهذا على طريقة تخصيص العلل فاما ان يكون المصنف رحمه الله اختارجوازه او يحمل على المخلص المعروف في اصول الفقه وقد قررناه في التقرير **قوله** ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة كلامه على ما ذكره واضح وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في المبسوط وذكر محمد رحمه الله في الكيسانيات هذا الجواب الذي ذكر ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم انها ولدت الغلام اولا فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره وان حلف فهم ارقاء واما جواب الكتاب ففي فصل آخر وهو ما اذا قال المولى لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كان جارية فهي حرة فولدتهما جميعا ولا يدرى ايهما اول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام لانها ان ولدت الغلام اولا فهي حرة والغلام رقيق وان ولدت الجارية اولا فالجارية حرة والغلام والام رقيقان فالام تعتق في حال دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين اما بعتق نفسها او بعتق الام قال صاحب النهاية وما ذكره في الكيسانيات هو الصحيح لما ان الشرط الذي لم يتيقن بوجوده وهو ما اذا كان في طرف واحد القول فيه قول من ينكر وجوده باليمين كما اذا قال لعبده ان دخلت الدار غدا فانت حر فمضى الغد ولا يدرى انه دخل ام لا لا يعتق لانه وقع الشك في شرط العتق فكذلك ههنا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام اولا واما اذا كان الشرط مذكورا في طرف الوجود والعدم كان احدهما موجودا لا محالة فحينئذ يحتاج الى اعتبار الاحوال كما في مسئلة الكيسانيات وقوله وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهي قيل هي ستة اوجه فصلوها في شرح الجامع الصغير احدها ان يتصادقوا انهم لا يدرون ايهما ولد اولا وهو المذكور في الكتاب اولا وجوابه على الوجه المذكور فيه ان يعتق نصف الام والجارية وتسعيان في النصف والغلام رقيق لما ذكر في الكتاب والثاني ان تدعي الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى

ذلك والجارية صغيرة وهو المذكور في الكتاب ثانيا وجوابه ووجهه ما ذكره في الكتاب والثالث ان تدعي الام ان الغلام اول والجارية كبيرة ولم تدع شيئا وهو المذكور في الكتاب ثالثا وجوابه ووجهه ماذكره ايضا فيه والرابع ان تدعي الجارية وهي كبيرة والام ساكتة ان الغلام ولد اولا وهو المذكور في الكتاب رابعا بوجهه وجوابه والخامس ان تصادقوا ان الجارية هي التي ولدت اولا فالجواب انه لا يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق والسادس ان يتصادقوا ان الغلام ولد اولا فالجواب ان الام تعتق لوجود شرط العتق وكذلك الجارية تبعا للام والغلام عبد لان الغلام قد انفصل عن الام في حال الرق لكون ولادته شرط عتقها والشرط يسبق المشروط فلا يمكن جعله تابعا لها فيه ولعل المصنف رحمه الله لم يذكرهما في الكتاب لظهورهما **قوله** واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة على طلاق احدى نسائه جائزة بالاجماع ويجبر على البيان وعلى اعتاق احد عبديه كذلك عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله هي باطلة الا ان يكون في وصية استحسانا على ماذكره واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى عنده وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وانما يختلف الحكم على هذا الطريق بناءً على ان العتق من حقوق العباد عنده ومن حقوق الشرع عندهما وجه قولهما انه لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده ويجوز ان يحلف به ويصح ايجابه في المجهول وكل ذلك دليل على كون العتق حق الشرع ووجه قوله ان الاعتاق اثبات قوة المالكية وفيه انتفاء ذل الرق والمملوكية وكل ذلك دليل على كون العتق حق العبد لا محالة هذا هو المشهور ولا عبرة لغيره لكونه من ثمراته فما كان من حقوق العباد لا يقبل الشهادة فيها بدون الدعوى وما كان من حقوق الشرع يقبل بدونها وعتق الامة من حقوقه بالاتفاق فلذلك يقبل فيها وذلك لان عتقها يتضمن تحريم فرجها على مولاها وذلك حق من حقوق الشرع فكانت الشهادة فيه كالشهادة في هلال

في هلال رمضان فان قيل لوكان كذلك لاكتفي بشهادة الواحد لكون خبر الواحد حجة في الامر الديني ولما قبلت الشهادة على عتق امة هي اخت مولاها من الرضاعة اذا جحدته اذ ليس فيها تحريم الفرج لان تحريمه ثابت بحكم الرضاع قبل شهادتهما بالاعتاق اجيب عن الاول بان خبر الواحد حجة في الامر الديني اذا لم تقع الحاجة الى الزام المنكر وههنا وقعت وعن الثاني بان فيه معنى الزنا لان فعل المولى بها قبل العتق لا يوجب الحد وبعده يوجبه لكون بضعها مملوكا للمولى وان كان هو ممنوعا عن وطئها بالمحرمية الا يرى انه جاز له ان يزوجها وبدل بضعها يكون له واذا كان كذلك كان فيه تحريم الفرج واذ ثبت الاصل تبين وجه الاختلاف على ما ذكره بقوله واذا كان دعوى العبد شرطا عنده الى آخر المسئلة وقوله لان الدعوى من المجهول لا يتحقق قيل عليه اذا ادعيا ذلك يوجب ان تقبل البينة لان الدعوى حصلت من معين واجيب بان صاحب الحق احدهما لا بعينه فدعويهما دعوى عن غير صاحب الحق وبان الدعوى حينئذ لا يكون مطابقا للشهادة لان الشهادة على احد العبدين لا على العبدين وقوله ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه كصورة نقض على ابي حنيفة رحمه الله لان الدعوى ليست بشرط في حق الامة ولم تسمع البينة ههنا ووجه دفعه ما ذكره بقوله لانه انما لا يشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه يعني قوله له ان الملك قائم في الموطوءة الى قوله ولهذا حل وطئها ومعنى قوله انه يتضمن تحريم الفرج ان العتق اذا حصل استلزم ان يكون الوطئ بعده زنا واعترض بان عتق العبد المعين يستلزم تحريم استرقاقه وذلك ايضا حق الله فوجب ان يستغني الشهادة فيه عن الدعوى فالجواب ان لازم عتقها من اعظم الكبائر ولازم عتقه حرمة لم ينص عليها الشرع فضلا عن ان يكون من الكبائر فالتسوية بينهما خطأ وقوله اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته بيان قوله الا ان يكون في وصية استحسانا وقوله

لان التدبير حيثما وقع وقع وصية يعني سواء وقع في حال الصحة اوفي حال المرض وللاستحسان وجهان ذكرهما المصنف رحمه الله احدهما ان التدبير مطلق والعتق فى المرض وصية والخصم فى الوصية انما هوالموصي لان تنفيذ الوصايا حق الميت فكان الميت مدعيا تقديرا وعنه خلف وهوالوصي اوالوارث فتقبل الشهادة والثاني ان العتق يشيع بالموت فيهما لانه اوجب العتق في احدهما في حال عجزه عن البيان فكان ايجابا لهما ولهذا يعتق نصف كل واحد منهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا ولم يذكر وجه القياس وهو ان المقضي له مجهول والدعوى من المجهول لا يتحقق لظهوره مما تقدم ولوشهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حرقال الامام فخرالاسلام رحمه الله لا نص فيه واختلف فيه مشائخنا فقال بعضهم لا تقبل لانه ليس بوصية حتى يكون الخصم هو الموصي وهومعلوم وقال بعضهم تقبل لشيوع العتق فيهما فكان كل واحد منهما خصما متعينا فكان دعويهما صحيحة وهي تقتضي قبول الشهادة والله اعلم بالصواب

باب الحلف بالعتق

الحلف بالعتق هوان يجعل العتق جزاء شرط ولما كان المعلق قاصرا فى السببية اخرالتعليق عن التنجيز **قوله** ومن قال اذا دخلت الدار ظاهروا عترض عليه بانه يجب ان لا يعتق ما يشتريه بعداليمين وان قال يومئذ لانه ما اضاف العتق الى الملك ولا الى سببه فكان كما لوقال لعبدالغيران دخلت الدار فانت حرفا شتراه ثم دخل الدار فانه لا يعتق لذلك واجيب بانه قصد الاضافة الى الملك دلالة لان قوله كل مملوك لي يومئذ معناه ان ملكت مملوكا وقت دخول الدار فهوحر بخلاف تلك المسئلة لانه لم يوجد الاضافة فيها لاصريحا ولادلالة وقوله لما قلنا يريد به قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وقوله لان قوله كل مملوك لي للحال قيل لان اللام للاختصاص والاختصاص انما يكون

يكون بمملوك له في الحال اذ لو لم يكن الملك له في الحال كان هو وغيره سواء وقوله ومن قال كل مملوك لي ذكر بجر ذكر ظاهر ومبناه ان المملوك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والجنين ليس بكامل لما ذكر في الكتاب وقوله وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك يدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا على ان هذا القول يتناول الذكور والاناث حتى المدبرين وامهات الاولاد حتى لو قال نويت الرجال دون النساء لم يصدق قضاء وان قال كل مملوك املكه حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى مملوكا آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لا الذي اشتراه بعده وقوله بعد غد ظرف لقوله حرا لا لقوله املكه فان املكه للحال وقوله بعد غد بالرفع ليكون فاعل جاء لانه المقصود وقوله لان قوله املكه للحال حقيقة بالرفع ليكون خبر ان ويجوز النصب على التمييز قال صاحب النهاية وهذا التقرير يخالف رواية النحو وهي انه مشترك بين الحال والاستقبال وظاهر تقرير المصنف رحمه الله يدل على ما ذكره صاحب النهاية وقال بعض الشارحين لا نسلم المخالفة لان كونه للحال حقيقة لا يدل على ان كونه للاستقبال ليس بحقيقة لان المشترك في كل واحد من المعنيين حقيقة ويدل عليهما على سبيل البدل ويرجح احدهما بالدليل اذا وجد وقد وجد ههنا دليل على ارادة الحال لان الحال موجود فلا يعارضه المستقبل المعدوم واقول قول المصنف رحمه الله وكذا يستعمل له من غير قرينة يابى قول هذا الشارح لان المشترك لا يستعمل في احد المعنيين بعينه الا بقرينة وليس النحويون مجتمعين على ان المضارع مشترك بينهما بل منهم من ذهب الى انه حقيقة في الاستقبال مجاز في الحال ومنهم من ذهب الى عكس ذلك ولعله مختار المصنف رحمه الله لتبادر الفهم اليه وعلى هذا كان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين * ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر

فالذي كان عنده مدبر مطلق والآخر ليس بمدبر مطلق بل هو مدبر مقيد جاز له ان يبيعه وان مات عتق من الثلث مشتركين فيه وقال ابو يوسف رحمه الله في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف بطريق التدبير ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه لان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه وهو مراد فلا يجوز ان يكون غيره مرادا على اصلنا ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصاء اما انه ايجاب عتق فبقوله كل مملوك املكه اولي فهو حر واما انه ايصاء فبقوله بعد موتي ولهذا اعتبر من الثلث واذا كان كذلك ففي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة اي المتربصة والحالة الراهنة اي الحاضرة سميت بالراهنة لان الرهن هو الحبس والمرأ محبوس فيها لا فيما قبلها وفيما بعدها كذا في الشروح الا يرى انه لا يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لا ولاد فلان يدخل فيها الموجود عندها ومن يولد بعدها اذا عاش الى وقت موت الموصي والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه وهذا الكلام من حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة ليصير الايجاب مضافا الى الملك فيصير مدبرا لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة وهي حالة الموت ويصير مدبرا بعده ولا يصير مدبرا قبله كالذي كان في ملكه لانه لم يتناول الكلام حالة التملك لا من حيث الايجاب لعدم الاضافة الى الملك والى سببه ولا من حيث الايصاء لانه يكون عند الموت فكان حال التملك استقبالا محضا لم يتناوله اللفظ فلا يصير مدبرا حال التملك واما عند الموت اذا كان موجودا في ملكه يصير كأنه قال كل مملوك لي او املكه فهو حر لدخوله حينئذ تحت الحالة المتربصة فيصير مدبرا لكون العتق في المرض وصية بخلاف قوله كل مملوك املكه اولي حر بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال لا يتناولها الايجاب لعدم الاضافة الى الملك والى سببه فافترقا وعلى هذا قوله والايجاب انما يصح مضافا الى الملك معطوف على قوله وفي الوصايا معنى

معنىً لا ان يكون جواب سؤال مقدر كما ذهب اليه بعض الشارحين قال وهوان يقال ينبغي ان لايتناول ايجاب المشتري اصلا لا في الحال ولا في المآل لان التناول انمايكون مضافا الى الملك اوالى سببه وليس احدهما في حقه بموجود فاجاب بان يتناوله باعتبار الايصاء لا الايجاب الحالي وقوله ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال اشارة الى جواب ابي يوسف رحمه الله ولعله اراد بقوله بسببين مختلفين ايجاب عتق و وصية الالفاظ الدالة على ذلك في طرفي الكلام لان الحقيقة والمجاز من صفات اللفظ وفيه نظر لانه يستلزم التنافي بين طرفي كلام واحد ان كان المراد ايجاب عتق في الحال اوكونه ايصاء فقط ان كان المراد ايجاب عتق بعد الموت ولوقال هذا الكلام تدبير والتدبير حيثما وقع وقع وصية والوصية تعتبر فيها الحالة الراهنة والمنتظرة فيدخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد بعد الموت واما بينهما فليس بداخل تحته فلا يكون المستحدث مدبرا حتى يموت لعله كان اسهل تاتيا واسلم من الاعتراض والله اعلم بالصواب *

باب العتق على جعل

الجعل بالضم ما جعل للانسان من شيء على شيء يفعله وكذلك الجعالة بالكسر وانما اخر هذا الباب لكون المال غير اصيل في باب العتق ومن اعتق عبده على مال اي مال كان من عروض اوحيوان او غيرهما مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم اوعلى ان لي عليك الفا اوعلى الف تؤديها اوعلى ان تعطيني الفا اوعلى ان تجيئني بالف فقبل العبد عتق ساعة قبوله لا يقال كلمة على للشرط فيكون العتق معلقا بشرط اداء الالف كما لوقال ان اديت الي الفا لما قيل انها تكون للشرط اذا دخلت فيما يكون على خطر الوجود وذلك في الافعال دون الاعيان لان بعض الصور المذكورة دخلت فيه على الافعال بل لما قيل لان الكلام فيما اذا كان مراده التنجيز بعوض لا التعليق فكان

الصارف عن الشرطية دلالة الحال وانما يعتق العبد بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال
اذ العبد لا يملك نفسه فقوله اذ العبد لا يملك نفسه دليل على كونه معاوضة بغير المال
وهو يحتمل وجوها احدها العبد لا يملك نفسه من حيث المالية لانه مال فلا يملك المال
واذا لم يملكه كان ما بذله من العوض في مقابلة ما ليس بمال وليس بشيء لان المولى
يملكه فكان ما بذله في مقابلة المال والثاني ان العبد لا يملك نفسه لانه ليس بمال بالنسبة
الى نفسه لكونه بقي على اصل الحرية بالنسبة اليه ولهذا صح اقراره بالحدود والقود
وغيرهما واذا كان كذلك سقط ملك المولى في ذاته بالاعتاق او بيع نفسه منه فكان ما بذله
في مقابلة ما ليس بمال ذكر هذان الوجهان في بعض الشروح وهذا ايضا ليس بشيء
لان العبد مال بالنسبة الى مولاه وان لم يكن مالا بالنسبة الى نفسه فكان ما بذله في مقابلة
مال عند المولى والثالث ان العبد لا يملك نفسه بهذا العقد لكونه اسقاطا فلم يدخل به
في يده شيء من المال غاية ما يقال انه ثبت له به قوة شرعية وهي ليست بمال لا محالة
فكان ما بذله في مقابلة ما ليس بمال بل بما هو قوة شرعية وهذا اقرب منهما واذا ثبت انه
معاوضة فمن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا قبل
صار حرا وان رد او اعرض عن المجلس بالقيام او بالاشتغال بما يعلم به قطع المجلس
بطل فاذا قبل صار ما شرط دينا عليه حتى تصح الكفالة به لانه يسعى وهو حر بخلاف
بدل الكتابة حيث لا تصح به الكفالة لانه يثبت مع المنافي وهو قيام الرق فكانت ثبوته على
خلاف القياس اذ القياس ينفي ان يستوجب المولى الدين على عبده فلما ثبت بخلاف
القياس ضرورة حصول الحرية للمكاتب وحصول المال للمولى اقتصر على موضع الضرورة
ولم يعد الى الكفالة وقوله واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد يعني في قوله ومن عتق
عبده على مال وقوله فشابه النكاح يعني اذا شابه ذلك جاز ان يثبت الحيوان دينا في الذمة
ههنا كما جاز ذلك في تلك العقود وكذلك الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم

معلوم الجنس كما اذا اعتقه على مائة قفيز حنطة ولا يضره جهالة الوصف بان لم يقل
انها جيدة او ردية ربيعية او خريفية فان جهالة الوصف لا تمنع صحة التسمية لكونها يسيرة
ولو علق عتقه باداء المال صح لان هذه الصيغة اعني قوله ان اديت الي الف درهم
فانت حر صيغة التعليق فيعلق عتقه باداء المال كالتعليق بسائر الشروط ولهذا لا يحتاج
فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده وللمولى ان يبيعه قبل الاداء كما في التعليق بسائر الشروط
وقوله من غير ان يصير مكاتبا يعني لا تثبت احكام المكاتبين حتى لو مات وترك وفاء
فالمال لمولاه ولا يؤدى عنه ولو مات المولى فالعبد رقيق يورث عنه مع ما في يده من اكسابه
ولو كانت امة فولدت ثم ادت لم يعتق ولدها ولو حط المال او ابرأه المولى لم يعتق
ولو كان مكاتبا لكان الحكم على عكس ما ذكر في الجميع وقوله مراده التجارة يعني
من الترغيب في الاكتساب لانها هي المشروعة عند الاختيار دون التكدي لانه يدنئ المرأ
ويخسه وقوله وفي سائر الحقوق يريد به الثمن وبدل الخلع وبدل الكتابة وما اشبههما وقوله
انه يعني المولى ينزل قابضا بالتخلية برفع المانع سواء قبض اولم يقبض وليس المراد بالاجبار
ما هو المفهوم منه عند الناس من الاكراه بالضرب او الحبس وقوله اذ هو تعليق العتق
بالشرط لفظا احتراز عن الكتابة فانها ليست بتعليق لفظي فانه لو قال لعبده كاتبتك على
كذا من المال صحت الكتابة وليس فيه تعليق لفظي لعدم الفاظ الشرط فيه وقوله ولهذا
لا يتوقف على قبول العبد توضيح لكونه تصرف يمين وقوله ولا جبر على مباشرة شروط
الايمان متصل بقوله لانه تصرف يمين وقوله لانه لا استحقاق تقريره لا جبر الا بالاستحقاق
ولا استحقاق قبل وجود الشرط ولهذا ايمكنه البيع قبل الاداء وقوله بخلاف الكتابة متصل بقوله
اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا وقوله لانه اي لان عقد الكتابة معاوضة والبدل فيها واجب فكان
الجبر بعد الاستحقاق * ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ كما ذكرنا ومعاوضة نظرا الى المقصود
لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال

بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ بان يقول ان اديت الي الفا فانت طالق حتى لو طلقها بهذه الصيغة كان بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد فانه لا يحتمل المشقة في اكتساب المال الا لينال شرف الحرية فيجبر على القبول فان قيل لا يمكن جعله معاوضة اصلا لان البدل والمبدل كلاهما عند الاداء ملك المولى لانه قبل الاداء عبد وهو وما في يده لمولاه اجيب بانه لما ثبت عند الاداء معنى الكتابة من الوجه الذي بينا ثبت شرط صحته اقتضاء وهو ان يصير العبد احق بالمؤدى فيثبت هذا سابقا على الاداء متى وجد الاداء وصار كما اذا كاتب عبده على نفسه وماله وكان الكسب مالا قبل الكتابة يصير احق بذلك المال حتى لو ادى ذلك عتق كذا في النهاية وغيره منسوبا الى مبسوط شيخ الاسلام وفيه نظر من وجهين احدهما ان ثبوت معنى الكتابة هو المعارض فلا بد من اثباته والثاني ان حصول شرط صحة الشيء عبارة لا يقتضي صحته فضلا عن حصوله اقتضاء ولعل الصواب في الجواب ان يقال لما صحت الكتابة والمعنى الذي ذكرتم قائم فيها وهي معاوضة ليس فيها معنى التعليق فلان يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق اولى فيكون ملحقا بالكتابة دلالة وقوله فعلى هذا اي على العمل بالشبهين يدور المعنى الفقهي ويخرج المسائل المتعارضة يعني ان قوله ان اديت الي الف درهم فانت حر الحق في بعض الاحكام بمحض التعليق وهي ما ذكرنا من مسائل القياس من تمكنه من البيع وغيره والحق في بعضها بالكتابة من جبر المولى على القبول لانه لما كان هذا اللفظ تعليقا نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود عملنا بالشبهين فيه بشبه التعليق في حالة الابتداء وبشبه المعاوضة في حالة الانتهاء كما في الهبة بشرط العوض فانها هبة ابتداء حتى لم يجز في المشاع واشترط القبض في المجلس وبيع انتهاء حتى لم يتمكن الواهب

الواهب من الرجوع وجرت الشفعة فى العقار ويرد بالعيب ولوادى البعض يجبر على القبول لان الذي اتى به بعض تلك الجملة فاذا ثبت الاجبار على قبول الكل ثبت فى البعض كما فى الكتابة وهذه رواية الزيادات وقيل هو الاستحسان وما ذكر في مبسوط شيخ الاسلام انه لا يجبر على قبول البعض لان معنى الكتابة عندنا يثبت من حيث انه عتق بمال اداه الى المولى وانما يعتق باداء الجميع فما لم يوجد اداء جميع المال لا يثبت معنى الكتابة هو القياس **قوله** الا انه باداء البعض لم يعتق مالم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى البعض الباقي لان الشرط وجود الجميع فاذا لم يوجد بعضه كان كما اذا لم يوجد كله واذا حط الجميع لم يعتق لانتفاء الشرط فكذلك هذا بخلاف الكتابة لان المال هناك واجب على المكاتب فيتحقق ابراؤه عنه سواء ابرأه عن الكل او البعض ولوادى الفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق اما الرجوع عليه بالف اخرى مثلها فلان الالف التي اداها كانت مستحقة من جانب المولى فلا يحصل المقصود بادائه لان مقصوده ان يحثه على الاكتساب ليؤدي من كسبه فيملك المولى مالم يكن في ملكه قبل هذا وهذا ليس كذلك واما انه عتق فلوجود شرط الحنث لان كون الالف مستحقة لا يمنع كونه شرط الحنث كما لو غصب مال انسان واداه ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على المجلس وهذا ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقتصر عليه كما فى التعليق بسائر الشروط ووجه الظاهر ما ذكره بقوله لانه تخيير للعبد بين الاداء والامتناع عنه فكان كالتخيير بمشيئة العبد اذا قال انت حران شئت فان قيل قد تقدم انه يصير مأذونا فى التجارة فكيف يكون الاداء مقتصرا على المجلس اجيب بان الاذن يكون في صورة اذا اديت او متى اديت فان الاداء فيهما لا يقتصر على المجلس ويجوز ان يقال لا تنافي بينهما لجواز ان يكون مأذونا بالتجارة ويقتصر الاداء على المجلس يتجر فيه ويؤدي المال قبل الافتراق بالابدان ومن قال لعبده انت حر بعد موتي على الف درهم

فالقبول بعد الموت لان هذا الكلام اضافة ايجاب حقيقة الحرية الى ما بعد الموت وكل ماهوكذلك يقتضي ان يكون القبول بعد الموت لئلا يقع القبول قبل الايجاب فصار كما اذا قال انت حر غدا على الف درهم لانه اضافة ايجاب حقيقة الحرية الى زمان والقبول متأخر اليه لئلا يقع قبل الايجاب بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال على ما سيجيء فيكون القبول كذلك الا انه لا يجب المال مع قبوله لقيام الرق اذ التدبير يوجب حق الحرية لا حقيقتها فيكون الرق قائما والمولى لا يستوجب دينا على عبده بخلاف ما لو اعتقه على مال لانه يثبت به حقيقة الحرية والمال يجب على الحر والمولى قد يستوجب مالا على معتقه فان قيل لما لم يجب المال في المدبر على الالف ما الفائدة في تعليق التدبير بالقبول اجيب بانها بيان انه يقبل التعليق بالقبول كالطلاق والعتاق وان لم يجب المال وقوله قالوا يعني المشائخ رحمهم الله لا يعتق في مسئلة الكتاب اي الجامع الصغير وهي قوله انت حر بعد موتي على الف درهم وان قبل بعد الموت مالم يعتقه الوارث او الوصي او القاضي لان الميت ليس باهل للاعتاق في ذلك الوقت قال المصنف رحمه الله وهذا اي قولهم انه لا يعتق مالم يعتقه الوارث صحيح بناء على انه ايجاب مضاف الى ما بعد الموت واهلية الموجب شرط عند الايجاب وقد عدمت بالموت بخلاف التدبير فانه ايجاب في الحال والاهلية ثابتة والموت شرط والاهلية ليست بشرط عنده كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر فوجد الشرط وهو مجنون وقد فرق بين مسئلة الكتاب والتدبير بوجه آخر وهو انه لما لم يعتق الا بالقبول بعد الموت لم يكن العتق معلقا بمطلق الوقت وفي مثل هذا لا يعتق الا باعتاق الوارث لانتقال العبد الى ملك الوارث قبل القبول كما لو قال انت حر بعد موته بشهر بخلاف المدبر لان عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط اعتاق الوارث فان قيل انت مدبر على الف درهم معناه انت حر بعد موتي على الف فيكون كمسئلة الكتاب

الكتاب معنى فينبغي ان يكون الايجاب في مسئلة الكتاب في الحال حتى يشترط القبول
اضافيه اجيب بان هذا يبين من جانب المولى حتى لا يتمكن من الرجوع وفي الايمان
يعتبر اللفظ وليس في قوله انت مدبر على الف اضافة الحرية الى ما بعد الموت لفظا فلا يشترط
القبول بعده وفي مسئلة الكتاب اضاف الحرية الى ما بعد الموت لفظا فيشترط القبول بعده
قوله ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين ومن قال لعبده انت حر على ان تخدمني
اربع سنين فقبل العبد عتق فلو مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله وهو قول ابي حنيفة رحمه الله الاول عليه
قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلان الخدمة في مدة معلومة جعلت عوضا عن العتق
وكل ما جعل عوضا عن العتق فالعتق يتعلق بقبوله لانه كالحكم في الاعواض كلها وقد وجد
القبول فنزل العتق ولزمته خدمته اربع سنين لانه يصح عوضا لحدوث حكم المالية بالعقد ولهذا
صلحت صداقا مع ان الله تعالى شرط ابتغاء الابضاع بالاموال حيث قال وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ
ذَٰلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم مات العبد فالخلافية فيه بناء
على خلافية اخرى وهي ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت
يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي اي مسئلة بيع نفس
العبد منه بالجارية اذا استحقت معروفة في طريقة الخلاف وذكر في الكتاب وجه البناء ولم يذكر
وجه كل واحد من القولين ولا بأس بذكر ذلك فوجه قول محمد رحمه الله ان الخدمة
بدل ما ليس بمال وهو العتق ولا قيمة للعتق وقد حصل العجز عن تسليم الخدمة لموته فوجب
تسليم قيمتها ووجه قولهما ان الخدمة بدل مال لانها بدل نفس العبد لكن البدل لما تعذر
تسليمه وجب تسليم المبدل وهو العبد لكن لا يمكن تسليمه لان العتق لا يقبل الفسخ فوجب
تسليم قيمته لامكان ذلك هذا في المبني ولقائل ان يقول هذا مناقض لما قال المصنف
رحمه الله في اول الباب انه معاوضة بغير مال لان العبد لا يملك نفسه والجواب

ان الاعتاق على مال معاوضة مال بغير مال من وجه كما ذكرنا وشابه بذلك النكاح والطلاق وغيرهما حتى صح باي مال كان كما تقدم ومعاوضة مال بمال من وجه بالنظر الى مولاه وشابه بذلك بيع عبد بجارية فانه اذا مات العبد وفسخ العقد على الجارية فيلزمه قيمة العبد على ما نذكره واما المبني عليه فوجه محمد رحمه الله ان هذا بدل ما ليس بمال وهو العتق لان بيع العبد من نفسه اعتاق وقد عجز عن ايفاء البدل وليس للمبدل وهو العتق قيمة فيجب قيمة البدل ووجه قولهما ان الجارية بدل نفس العبد بالعتق فيجب تسليم قيمته كما اذا تبايعا عبدا بجارية ثم مات العبد فتفاسخا العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد وقوله وكذلك بموت المولى يعني ان موت المولى في هذه الصور كموت العبد فصار نظير المسئلة فيكون الحكم فيهما سواء وقوله ومن قال لآخر اعتق امتك على الف درهم علي لم يذكر في بعض النسخ علي اكتفاء بدلالة على على الوجوب وذكر في بعضها التاكيد والمسئلة ظاهرة وقوله وقد قررناه من قبل يعني الخلع في مسئلة خلع الاب ابنته الصغيرة على وجه الاشارة والفرق ان الاجنبي في باب الطلاق كالمرأة في عدم ثبوت شيء لهما بالطلاق اذ الثابت به سقوط ملك الزوج عنها لا غير فكما جاز التزام المرأة بالمال فكذلك الاجنبي بخلاف العتاق فانه يثبت للعبد بالاعتاق قوة حكمية لم يكن له قبل ذلك فكان المال في مقابلة ذلك وليس الاجنبي كالعبد حيث لا يثبت له به شيء اصلا فكان اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشتري فلا يجوز وقوله ولو قال اعتق امتك عني بالف درهم والمسئلة بحالها اي قال على ان تزوجنيها ففعل وابت ان تتزوجه قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر وما اصاب المهر بطل عنه والوجه ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله على ما عرف يعني في اصول الفقه وفيه شبهتان احدىهما ان هذا البيع فاسد لانه بيع بما يخصها من الالف لو قسم عليها وعلى منافع بضعها وهو فاسد ولانه ادخال صفقة النكاح في صفقة البيع والبيع الفاسد لا يفيد الملك بدون

بدون القبض ولا ملك ههنا فيجب ان لا يقع العتق اذ لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والثانية ان البيع اذا كان فاسدا ويجب فيه العوض يجب قيمة المبيع كاملة والقول بما يخصه من الثمن انما هو موجب البيع الصحيح كما اذا جمع بين عبد ومدبر وبين عبده وعبد غيره فان البيع صحيح في العبد بحصته من الثمن كما سيأتي واجاب الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله من الاولى بان الامة تنتفع بهذا الاعتاق فمن هذا الوجه تصير قابضة نفسها ادنى قبض وادنى القبض يكفي في البيع الفاسد كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة والامام فخر الاسلام عن الثانية بان البيع مدرج في الاعتاق فاخذ حكم الاعتاق في عدم الفساد بالشرط فلم يبطل البيع بشرط النكاح فيجب القول بما يخصه من الثمن وقوله فلو زوجت نفسها منه يعني في المسئلتين لم يذكره محمد رحمه الله في الجامع الصغير وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهو ما اذا لم يقل فيه عني لعدم صحة الضمان وهي للمولى اي حصة القيمة للمولى في الوجه الذي قال فيه عني وما اصاب مهر مثلها كان مهر الامة في الوجهين *

باب التدبير

ذكر الاعتاق الواقع بعد الموت عقيب الاعتاق الواقع في الحيوة ظاهر المناسبة والتدبير في اللغة هو النظر الى عاقبة الامر وفي الشريعة هو ايجاب العتق الحاصل بعد الموت بالفاظ تدل عليه صريحا كقوله دبرتك او انت مدبر او دلالة كقوله اذا مت فانت حر او انت حر بعد موتي او مع موتي او في موتي وكقوله اوصيت لك بنفسك او برقبتك او بعتقك او بثلث مالي وحكمه انه لا يجوز اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة فاذا مات وهو يخرج من الثلث عتق وان لم يخرج عتق ثلثه ويسعى في ثلثيه وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه وهبته لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات

من دخول الدار ومجيء رأس الشهر وغيرهما وكما في المدبر المقيد فان ذلك جائز فيه بلا خلاف ولان التدبير وصية حتى يعتبر من ثلث المال والوصية لاتمنع الموصي عن التصرف بالبيع وغيره كما لو اوصى برقبته الانسان ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث رواه نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ولانه اي التدبير سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت فلا بد له من سبب ولا سبب غيره ثم اما ان يكون سببا في الحال او بعد الموت لا جائز ان يكون بعد الموت لانه حال بطلان الاهلية فلا يمكن تاخير السببية اليه ولانه في الحال موجود وبعد الموت معدوم لكون كلامه عرضا لايبقى فتعين ان يكون سببا في الحال واعترض على المصنف رحمه الله بان هذا الكلام مناقض لما ذكر في آخر باب العبد يعتق بعضه حيث قال وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت واقول قوله ثم جعله سببا في الحال اولى يدل على ان جعله سببا في الحال وان كان المذهب عند اصحابنا رحمهم الله ليس بمتعين فيحمل ما ذكره هناك على غير الاولى فيندفع التناقض ويكون قد اطلع على رواية من اصحابنا انه يجوز ان يكون سببا بعد الموت او اختار جوازه باجتهاده وجعل ما ذهب اليه الاصحاب اولى فان قيل في التدبير تعليق وليس في التعليق شيء من السبب ثابتا في الحال وانما يكون عند وجود الشرط فما بال التدبير خالف سائر التعليقات وهو مودى قول الشافعي رحمه الله كما في سائر التعليقات اجاب بقوله بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم فيه قبل الشرط واعلم ان في كلام المصنف رحمه الله غموضا لاينكشف على وجه التحصيل الا بزيادة بيان فلا بد منه فنقول المانع هو ماينتفي به الشيء مع قيام مقتضيه وكل ماينافي اللازم ينافي الملزوم واذا ظهر هذا قلنا القياس يقتضي ان يكون سائر التعليقات اسبابا في الحال لكن المانع عن السببية في الحال وهو صفة كون تصرف التعليق يمينا قائم لان اليمين مانع عن تحقق الشرط اللازم للحكم فان المقصود من اليمين هو المنع عن تحقق الشرط وما كان مانعا عن تحقق اللازم الذي

الذي هو الشرط كان مانعا عن تحقق الملزوم الذي هو الحكم وهو وقوع الطلاق واليه اشار بقوله وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وما كان مانعا للحكم لا يمكن ان يكون سببا له فصفة كون تصرف التعليق يمينا يمنع عن كونه سببا للحكم وهو الطلاق والعتاق فان قلت قد يكون اليمين يعقد للحمل كما في قول الرجل ان لم تدخل الدار فانت طالق وقد نص في الكتب ان اليمين تعقد للمنع او الحمل فكيف قال والمنع هو المقصود وانه يقتضي الحصر عند البلغاء قلت لا يقصد باليمين الا منع الشرط فالشرط فيما ذكرتم هو النفي والمقصود المنع منه ويلزمه الحمل فان قلت التدبير يمين اوليس بيمين فان كان يمينا وجب ان لا يكون سببا لقيام المانع على ما قررتم وان لم يكن يمينا لم يستقم قوله بخلاف سائر التعليقات اذ السائر بمعنى الباقي قلت ليس بيمين لتعلق عتقه بامر كائن بخلاف سائر التعليقات واستقامة الطلاق سائر التعليقات بطريق المشاكلة ان لم تكن اليمين اخص من التعليق ويرد عليه انت طالق اذا جاء غد فانه تعليق بامر كائن وليس بسبب في الحال والجواب انه اضافة لا تعليق وقوله فامكن تأخر السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية فرق آخر بين التدبير وسائر التعليقات ووجهه ان التدبير لا يمكن فيه تاخير السببية الى ما بعد الموت لما ذكرنا من انتفاء اهلية الايجاب حينئذ واما سائر التعليقات فتاخير السببية فيه الى زمان الشرط ممكن لقيام الاهلية عنده فافترقا واعترض بان قيام الاهلية ليس بشرط عند وجود الشرط كمن علق طلاقها وهو صحيح ثم جن عند وجود الشرط كما تقدم والجواب ان قيام الاهلية ليس بشرط عند وجود الشرط اذا لم يكن التعليق ابتداء بحال بطلان الاهلية كما ذكرتم في صورة المجنون واما اذا كان فلا نسلم ان الاهلية اذ ذاك غير مشروط وقوله ولانه وصية والوصية خلافة في الحال فرق آخر بينهما وتقريره التدبير المطلق وصية والوصية سبب الخلافة في الحال لان الموصي يجعل الموصى له خلفا في بعض ماله بعد موته كالوراثة فانها سبب الخلافة في الحال واعترض بانه لو كان وصية لبطل اذا قتل المدبر سيده لان الوصية للقاتل لا تجوز وان كان

الجرح قبلها او بعدها ولجواز البيع لان الموصي يجوز له بيع الموصى به ويكون رجوعا عن الوصية وليس الامر كذلك والجواب عنهما جميعا ان ذلك في وصية لم تكن على وجه التعليق لانها الوصية المطلقة والتدبير ليس كذلك ووجه اختصاص ذلك ان بطلان الوصية بالقتل وجواز البيع وكونه رجوعا انما يصح في موصى به يقبل الفسخ والبطلان والتدبير لكونه اعتاقا لا يقبل ذلك وقوله وابطال السبب لا يجوز تتمة الدليل متصل بقوله ولانه سبب الحرية وما بينهما لاثبات هذه القضية وتركيب المقدمتين هكذا التدبير سبب الحرية وسبب الحرية لا يجوز ابطاله وفي البيع وما يشابهه من الهبة والصدقة والامهار ذلك اي ابطال سبب الحرية فلا يجوز **قوله** وللمولى ان يستخدمه ويواجره التدبير لا يثبت الحرية في الحال وانما يثبت استحقاق الحرية فكان الملك فيه ثابتا ولهذا القول كل مملوك لي فهو حر دخل فيه المدبر واذا كان كذلك فللمولى ان يستخدمه ويؤاجره وان كانت امة وطئها وله ان يزوجها لان ولاية هذه التصرفات بالملك وهو ثابت فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا يعني من حديث ابن عمر رضي الله عنهما وهو قوله صلى الله عليه وسلم وهو حر من الثلث ولان التدبير وصية لكونه تبرعا مضافا الى ما بعد الموت ولا نعني بالوصية الا ذلك والحكم يعني العتق غير ثابت في الحال لانه يفيد استحقاق الحرية كما ذكرنا آنفا وكل وصية ينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثي رقبته وان كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لان الدين مقدم على الوصية والعتق لا يمكن نقضه فيجب عليه رد قيمته وقوله وولد المدبرة مدبر هذه هي النسخة الصحيحة ووقع في بعض النسخ وولد المدبر مدبر وليس بصحيح لان ولد المدبر اما ان يكون من امة او غيرها فالاول رقيق لمولاها والثاني يتبع الام في التدبير والكتابة وغيرهما دون الاب واما ولد المدبرة فهو مدبر نقل على ذلك اجماع الصحابة رضي الله عنهم وخوصم الى عثمان رضي الله عنه في اولاد المدبرة فقضى بان ما ولدته قبل التدبير عبد يباع وما ولدته بعد التدبير فهو مثلها لا يباع وكان ذلك بحضرة الصحابة رضي الله عنهم ولم

ولم ينقل عن احد خلاف وقوله فان علق التدبير بموته بيان المدبر المقيد وهو ان يعلق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال للتردد في تلك الصفات فربما يرجع من ذلك السفر ويبرأ من ذلك المرض بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة وتحقيقه يستفاد مما قدمناه وهو ان المعلق به اذا كان على خطر الوجود كان بمعنى اليمين وقد عرفت ان صفة كونه يمينا تمنع عن السببية واما اذا كان امرا كائنا لا محالة لم يكن في معنى اليمين فكان سببا فان قيل اذا لم ينعقد السبب في الحال ففي اي وقت ينعقد ان انعقد بعد الموت فليس بحال اهلية الايجاب وان انعقد قبله كيف يجوز بيعه فالجواب انه موقوف فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر من الثلث لانه يثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة حينئذ وان عاش بطل التدبير ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين لما ذكرنا يعني قوله لتردد في تلك الصفات بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كائن لا محالة وهذا الذي ذكره رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله في المنتقى وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله في نوازله لو ان رجلا قال لعبده انت حر ان مت الى مائتي سنة قال ابو يوسف رحمه الله هذا مدبر مقيد وله ان يبيعه وقال الحسن هو مدبر لا يجوز بيعه لانه علم انه لا يعيش الى تلك المدة فصار كأنه قال ان مت فانت حر ثم لو مات قبل السنة في الاول او قبل عشر سنين في الثاني عتق ولو مات بعدهما لم يعتق لانه لم يوجد الشرط في المدبر المقيد والله اعلم بالصواب *

باب الاستيلاد

لما فرغ عن بيان التدبير شرع في بيان الاستيلاد عقيبه لمناسبة بينهما من حيث ان لكل واحد منهما حق الحرية لا حقيقتها والاستيلاد طلب الولد فام الولد من الاسماء الغالبة

كالصغيرة من الصفات الغالبة اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا هبتها ولا تمليكها لقوله صلى الله عليه وسلم لما ولدت مارية ام ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل له الا تعتقها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع لان الحديث وان دل على تنجيز الحرية لكن عارضه ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل ولدت امته منه فهي معتقة عن دبر منه فعملنا بهما جميعا ومنعنا البيع بالحديث الاول والتنجيز بالحديث الثاني ولا يقال محلية البيع معلومة فيها بيقين فلا ترتفع الا بيقين مثله وخبر الواحد لا يوجبه لانا نقول الاحاديث الدالة على عتقها من المشاهير وقد انضم اليها الاجماع اللاحق فرفعتها ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان المائين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة وهي تمنع بيعها وهبتها لان بيع جزء الحر وهبته حرام فان قيل لو كانت هذه الجزئية معتبرة لتنجز العتق لان الجزئية توجبه ولستم قائلين به اجاب بقوله الا ان بعد الانفصال يعني ان الولد انما يعلم بعد الانفصال وبعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت فتعارض المنقول بالمعقول في اثبات حكم مؤجل الى ما بعد الموت وهو العتق فيحرم بيعها في الحال لثبوت حق الحرية فيها فان قيل لو كانت الجزئية باقية حكما لعتق من ملكته امرأته التي ولدت منه بعد موتها وليس كذلك اجاب بقوله وبقاء الجزئية حكما ومعناه ان بقاء الجزئية حكما عبارة عن ثبات النسب والاصل في ثبات النسب هو الاب لان الولد ينسب اليه والام ايضا بواسطة الولد يقال ام ولد فلان فكذلك في الجزية فثبت في حقهم لا في حقهن وقوله وكذا اذا كان بعضها مملوكا له يعني لو كانت الجارية مشتركة بين رجلين فاستولدها احدهما كانت ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى لانه فرع ما لا يتجزى وهو النسب فيعتبر باصله فان قيل فقد ذكر في باب العبد يعتق بعضه والاستيلاد

الذي هو الشرط كان مانعا عن تحقق الملزوم الذي هو الحكم وهو وقوع الطلاق واليه اشار بقوله وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وما كان مانعا للحكم لا يمكن ان يكون سببا له فصفة كون تصرف التعليق يمينا يمنع عن كونه سببا للحكم وهو الطلاق والعتاق فان قلت قد يكون اليمين يعقد للحمل كما في قول الرجل ان لم تدخل الدار فانت طالق وقد نص في الكتب ان اليمين تعقد للمنع او الحمل فكيف قال والمنع هو المقصود وانه يقتضي الحصر عند البلغاء قلت لا يقصد باليمين الا منع الشرط فالشرط فيما ذكرتم هو النفي والمقصود المنع منه ويلزمه الحمل فان قلت التدبير يمين اوليس بيمين فان كان يمينا وجب ان لا يكون سببا القيام المانع على ما قررتم وان لم يكن يمينا لم يستقم قوله بخلاف سائر التعليقات اذ السائر بمعنى الباقي قلت ليس بيمين لتعلق عتقه بامر كائن بخلاف سائر التعليقات واستقامة اطلاق سائر التعليقات بطريق المشاكلة ان لم تكن اليمين اخص من التعليق ويرد عليه انت طالق اذا جاء غد فانه تعليق بامر كائن وليس بسبب في الحال والجواب انه اضافة لا تعليق وقوله فامكن تأخر السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية فرق آخر بين التدبير وسائر التعليقات ووجهه ان التدبير لا يمكن فيه تاخير السببية الى ما بعد الموت لما ذكرنا من انتفاء اهلية الايجاب حينئذ واما سائر التعليقات فتاخير السببية فيه الى زمان الشرط ممكن لقيام الاهلية عنده فافترقا واعترض بان قيام الاهلية ليس بشرط عند وجود الشرط كمن علق طلاقها وهو صحيح ثم جن عند وجود الشرط كما تقدم والجواب ان قيام الاهلية ليس بشرط عند وجود الشرط اذا لم يكن التعليق ابتداء بحال بطلان الاهلية كما ذكرتم في صورة المجنون واما اذا كان فلا نسلم ان الاهلية اذ ذاك غير مشروط وقوله ولانه وصية والوصية خلافة في الحال فرق آخر بينهما وتقريره التدبير المطلق وصية والوصية سبب الخلافة في الحال لان الموصي يجعل الموصى له خلفا في بعض ماله بعد موته كالوراثة فانها سبب الخلافة في الحال واعترض بانه لو كان وصية لبطل اذا قتل المدبر سيده لان الوصية للقاتل لا تجوز وان كان

المانع عنه اي عن طلب الولد وهو سقوط التقوم عنده ونقصان القيمة عندهما او عدم نجابة اولادالاماء عندهم فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطيء فانه لا يثبت النسب فيه بغير الدعوة بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة لا يقال النسب باعتبار الجزئية اوبما وضع لها والقصد وعدمه لا مدخل له في ذلك لانا نقول لوكان ذلك مداره لثبت من الزاني وليس كذلك وانما النظر الى الموضوعات الاصلية والعقد موضوع لذلك فلا يحتاج الى الدعوة ووطيء الامة ليس بموضوع له فيحتاج اليها وان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه من غير اقرار اذا كان قد اعترف بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة بعقد النكاح الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله من غير لعان مالم يقض القاضي به اولم تتطاول المدة فاما بعد قضاء القاضي فقد لزمه به على وجه لا يملك ابطاله وكذلك بعد التطاول لانه يوجد دليل الاقرار في هذه المدة من قبول التهنية ونحوه وذلك كالتصريح بالاقرار واختلافهم في مدة التطاول قد سبق في اللعان وقوله لان فراشها ضعيف واضح وقوله وهذا الذي ذكرناه اي عدم ثبوت نسب ولد الامة بدون الدعوى حكم قضاء القاضي فاما الديانة يعني فيما بينه وبين الله تعالى فالاعتراف به والدعوى ان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها والمراد بالتحصين هو ان يحفظها عما يوجب ريبة الزنا وقوله لان هذا الظاهر وهو ان الولد منه عند التحصين وعدم العزل يقابله اي يعارضه ظاهر آخر وهو العزل اوترك التحصين وقوله وفيه روايتان اخريان في بعض النسخ اخروان وليس بصحيح وقوله عن ابي يوسف وعن محمد رحمهما الله قيل فائدة تكرار عن دفع وهم من توهم ان الروايتين منهما باتفاقهما فانه ليس كذلك وانما عن كل منهما رواية تخالف رواية الآخر فاما رواية ابي يوسف رحمه الله فهي انه اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه ان يدعيه سواء عزل عنها اولم يعزل حصنها اولم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لامرها على

على الصلاح ما لم يتبين خلافه واما رواية محمد رحمه الله فهي انه لا ينبغي ان يدعيه اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي له ان يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لان استحقاق نسب ليس منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين وذلك في ان لا يدعي النسب ولكن يعتق الولد ويعتقها بعد موته لاحتمال ان يكون منه وما ذكره ابو حنيفة رحمه الله هو الاصل لانه اذا وطئها ولم يعزل وحصنها فالظاهر ان الولد منه فيلزمه ان يدعي وان لم يحصن او عزل فقد وقع الاحتمال فلا يلزمه الاعتراف بالشك فان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه لان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له بالنكاح وان كان النكاح فاسدا بعد ما اتصل به الدخول لان الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ومن الاحكام ثبوت النسب وعدم جواز البيع والوصية واذا كان الفاسد ملحقا بالصحيح كان اقوى من فراش ام الولد وقوله ولو ادعاه المولى معناه اذا زوج المولى امته فولدت فادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لاقراره وانما فسرنا كلامه بذلك ليستقيم قوله وتصير امه ام ولد له لان امومية ام الولد ثابتة قبل هذه الدعوة فلا يستقيم حينئذ قوله وتصير امه ام الولد له هكذا نقل عن فوائد مولانا حميد الدين الضرير رحمه الله فان قيل ينبغي ان لا تصير امه ام ولد لمولاه لان امية الولد مبنية على ثبوت النسب بدعوة الولد فاذا لم يثبت الاصل منه كيف يثبت الفرع اجيب بان مجرد الاقرار بالاستيلاد كاف لثبوته واذا كان ذلك الاقرار في ضمن شيء لم يثبت ذلك الشيء لمصادفة اقرار المولى في محله وهو الملك وهذا لاحتمال ان يكون الولد ثابت النسب من المولى بعلوق سبق النكاح او بشبهة بعد النكاح الا ان هذا الاحتمال غير معتبر في حق النسب لثبوت النسب من الزوج واستغنائه من النسب فيبقى معتبرا في حق الام لاحتياجها الى ان تصير ام ولد **قوله** واذا مات المولى عتقت من جميع المال واذا مات المولى عتقت من جميع المال سواء كان زوجها اولا لما رواه محمد

بن الحسن رضي الله عنهما من حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ومعنى قوله امر حكم لا الامر المصطلح فانهن يعتقن بعد الموت كما تقدم وانما انكر الدين نفيا للسعاية للغرماء والورثة ولا يجعلن من الثلث تاكيد لانه فهم ذلك من قوله وان لا يبعن في دين ولان الحاجة الى الولد اصلية لان الانسان يحتاج الى ابقاء نسله كما انه يحتاج الى ابقاء نفسه وكل ما كان من الحوائج الاصلية يقدم على حق الورثة والغرماء كالتجهيز والتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج وقوله ولا سعاية عليها اي على ام الولد في دين المولى للغرماء لما بينا ان الحاجة الى الولد اصلية الى آخره وفي بعض النسخ لما روينا يعني حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنهما ووجه ذلك انه لما قال ولا يبعن دل على انتفاء المالية واذا عدمت ماليتها لم يبق عليها سعاية وقوله ولانها يعني ام الولد ليست بمال متقوم حتى لو غصبها رجل وماتت عنده لا يضمنها الغاصب عند ابي حنيفة رحمه الله لان ماليتها غير متقومة عنده وقد تقدم فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص فان من له القصاص اذا مات وهو مديون ليس لارباب الديون ان يأخذوا من عليه القصاص بدينهم ويستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه القصاص من مديونهم لان القصاص ليس بمال متقوم حتى يأخذوا بمقابلته مالا متقوما وكذا اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء على منع ولي القصاص من استيفاء القصاص وكذا اذا قتل رجل مديونا والمديون قد عفا لا يقدر الغرماء على منع المديون عن العفو واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي ثلث قيمتها قنة على ما تقدم وكلامه واضح واستشكل القول بالسعاية عليها عند ابي حنيفة رحمه الله مع ان مالية ام الولد غير متقومة عنده فان القول بالسعاية قول بالتقوم اذ السعاية بدل ما ذهب من ماليتها وقوله ومالية ام الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده جواب عن هذا الاشكال قوله ولانها يعني مالية ام الولد ان لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا

وهذا اي كونها محترمة يكفي لوجوب الضمان جواب آخر لذلك الاشكال واعترض عليه بان الاحترام لو كان كافيا لوجوب الضمان لوجب على غاصب ام الولد واجيب بان مبنى الضمان في الغصب على المماثلة ولا مماثلة بين ماليتها لانتفاء تقومها وبين مايضمن به من المال المتقوم وهذا على طريقة تخصيص العلل وقد تقدم الكلام في مثله وقوله كما في القصاص المشترك يعني كما اذا كان القصاص مشتركا بين جماعة وعفا احدهم يجب المال للباقين وان لم يكن القصاص مالا متقوما لكنه حق محترم فجاز ان يكون موجبا للضمان لاحتباس نصيب الآخرين عنده بعفو احدهم ولومات مولاها وهو النصراني عتقت بلا سعاية لانها ام ولد ولو عجزت في حيوته لاترد قنة لانها لوردت قنا اعيدت مكاتبة لقيام الموجب وهو اسلامها مع كفر مولاها وقوله ولو استولدها صورة المسئلة ظاهرة وتقرير وجه الشافعي رحمه الله هذه علقت برقيق وهو ظاهر ومن علقت برقيق لاتصير ام ولد لمن علقت منه لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة اي في حالة العلوق والجزء لايخالف الكل وفي صورة النزاع ليس كذلك لان الام رقيقة لمولاها في تلك الحالة فلو ينعلق الولد حرا لكان الجزء مخالفا للكل وقوله كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني انها لاتكون ام ولد لكون العلوق ليس من مولاها قيل في كلامه تسامح لان قوله هذا يدل على ان علة الاستيلاد كون العلوق من مولاها ولهذا لايثبت اذا علقت من الزنا وقوله وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا يدل على ان هذا هو العلة وهو المشهور عنه وذلك مغائر للاول وهذا فاسد لان العلة هو علوق الولد حرا عنده ليس الا وفي صورة الزنا انما لم تثبت امومية الولد لان الولد انعلق رقيقا لان المزني بها في تلك الحالة ملك مولاها ولنا ان سبب الاستيلاد وهو الجزئية الحاصلة بين الوالدين على ماذكرنا من قبل في اول الباب حيث قال ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الى كل واحد منهما كملا

وقد ثبت النسب بالنكاح فتثبت الجزئية بهذه الواسطة واذا ثبتت الجزئية ثبت امومية الولد وقوله بخلاف الزنا جواب عن قوله كما اذا علقت بالزنا لانه لا نسب فيه اي في الزنا للولد الى الزاني فلا تثبت الجزئية المعتبرة في الباب وهو الجزئية الحكمية فلا تثبت امومية الولد فان قيل لما لم يثبت النسب من الزاني فعلام منه يعتق عليه الولد من الزنا اذا ملك اجاب بقوله وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة بخلاف امومية الولد فانها تثبت بواسطة نسبة الولد والنسبة عن الزاني منقطعة فكانت امومية الولد بالزنا نظير من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق عليه لانه اي الاخ ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة والمراد بالاخ الاخ لاب واما الاخ لام فانه يعتق اذا ملكه وان كان من الزنا لان النسبة بينهما ثابتة وقوله واذا وطئ جارية ابنه ظاهر **قوله** واذا كانت الجارية بين شريكين هذه المسئلة قد مر ذكرها في اول الباب حيث قال وكذا اذا كان بعضها مملوكا ولكن كان ذكرها هناك من حيث ان الاستيلاد يخرج الامة الى حق الحرية قبل الموت والى حقيقتها بعده وذكرها ههنا باعتبار ثبوت النسب وبيان ما اريد بعدم تجزي الاستيلاد المذكور هناك ويملك نصيب صاحبه وضمان نصف العقر وغير ذلك مما ذكره فلا يعد تكرارا وكلامه واضح خلا ما ننبه عليه **قوله** فادعاه احدهما لا تفرقة في ذلك بين الصحة والمرض وقوله لانه لما ثبت النسب منه في نصفه الى آخره يرد عليه القلب وهو ان يقال لما لم يثبت النسب منه في نصف الشريك لمصادفته ملك غيره لا يثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى الى آخر ما ذكر في الكتاب ويجاب عنه بتغليب جانب المثبت للنسب احتياطا الا يرى انه يسقط الحد عنه بهذا الطريق ويجب العقر فكذلك يثبت النسب منه بالدعوة وقوله فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه قال في النهاية هذا على اختيار بعض المشائخ رحمهم الله اما الاصح من المذهب فالحكم مع علته يقترنان لما عرف في اصول الفقه ونقول يجوز ان يكون مراده بالتعقب التعقب الذاتي دون

دون الزماني وحينئذ يكون واردا على الاصح من المذهب وقوله بخلاف الاب اذا
استولد جارية ابنه لان الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه وهذه التفرقة بين الشريك
والوالد من حيث ان ملك الشريك في النصف قائم وقت العلوق وذلك يكفي للاستيلاد
فيجعل تملك نصيب صاحبه حكما للاستيلاد فيكون الوطئ واقعا في غير ملكه وذلك
يوجب الحد لكنه سقط بشبهة الشركة فيجب العقر واما الاب فلم يكن له ملك في الجارية
وقد استولدها فيجعل ملكه فيها شرطا للاستيلاد في ملكه حملا لامره على الصلاح فيكون الوطئ
في ملكه والوطئ فيه لا يوجب العقر والمراد بالعقر مهر المثل فيكون الشريك ضامنا لنصف
مهر مثلها هكذا في مبسوط شمس الائمة السرخسي رحمه الله وفي مبسوط شيخ الاسلام
والمحيط العقر قدر ما يستأجر هذه المرأة لو كان الاستيجار للزنا حلالا وقوله فلم يتعلق منه شئ
على ملك الشريك لانه كما علق انعلق حر الاصل لان نصفه انعلق على ملكه وانه يمنع
ثبوت الرق فيه لما ذكرنا من ترجيح مثبت النسب وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما قال
المصنف رحمه الله معناه اذا حملت على ملكهما وانما قيد بذلك لانه اذا كان الحمل على
ملك احدهما نكاحا ثم اشتراها هو وآخر فهي ام ولد له لان نصيبه منها صار ام ولد له والاستيلاد
لا يتجزى فثبت في نصيب شريكه ايضا وقال الشافعي رحمه الله يرجع الى قول القافة
وهي جمع القائف كالباعة في جمع البائع وهو الذي يتبع آثار الآباء في الابناء من قاف
اثره اذا اتبعه والقيافة في بني مدلج منهم المجزز لان اثبات النسب من شخصين مع
علمنا ان الولد لا ينخلق من مائين اي من مائي فحلين متعذر فعملنا بالشبهة وقد سر
رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف في اسامة رضي الله عنه روي ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم دخل على عايشة رضي الله عنها واسارير وجهه تتبرق من السرور فقال
اما علمت ان مجزز المدلجي مر باسامة وزيد وهما تحت قطيفة قد غطي وجوههما وارجلهما
بادية فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض ولو كان الحكم بالشبهة باطلا لما جاز اظهار السرور

ولوجب عليه الرد والانكار ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح رضي الله عنه في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولوبينا لبين لهما وهو ابنهما يرثانه ويرثهما وهو للباقي منهما اي الولد يكون للاب الباقي من الابوين اللذين كانا اذا مات احدهما يكون كل الميراث للاب الحي دون ان يكون نصفه لورثة الاب الميت وقوله وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم يروم به ابرازه في مبرز المجمع عليه وقوله في سبب الاستحقاق يعني الملك وقبل الدعوة وقوله احكام متجزية يريد بها مثل النفقة وولاية التصرف في ماله والحضانة والميراث فيما يقبل التجزية فالميراث يثبت على التجزية في حقهما وما لا يقبلها كثبوت النسب وولاية الانكاح يثبت في حق كل واحد منهما كملا كأن ليس معه غيره وقوله الا اذا كان احد الشريكين استثناء من قوله وما لا يقبلها يثبت في حق كل منهما كملا قوله وسرور النبي صلى الله عليه وسلم جواب عن قوله وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا فيما اذا ادعى الولد اكثر من اثنين فجوزه ابوحنيفة رحمه الله ونفاه ابويوسف رحمه الله وجوزه محمد رحمه الله الى الثلث قال ابويوسف رحمه الله ثبت على خلاف القياس بقصة عمر رضي الله عنه فلا يتعداه وقال محمد رحمه الله الثلثة قريبة من اثنين وقال ابوحنيفة رحمه الله سبب جوازه الملك والدعوة وقد وجد وقوله فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا لولدها يعني يخدم كل واحد منهما يوما كما كانت تفعله قبل هذا لانه لا تاثير للاستيلاد في ابطال ملك الخدمة واذا مات احدهما عتقت ولا ضمان للشريك في تركة الميت بالاتفاق لوجود الرضاء منهما بعتقها عند الموت ولا سعاية عليها في قول ابي حنيفة رحمه الله وتسعى في نصف قيمتها للشريك الحي عندهما ولو اعتقها احدهما حال حيوته عتقت ولا ضمان على المعتق لشريكه ولا سعاية في قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن المعتق نصف قيمتها ام ولد لشريكه ان كان موسرا وتسعى في نصف قيمتها ان كان معسرا وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بما له على الآخر بفتح اللام اي بالذي له وقوله كما اذا اقاما البينة يعني

يعني اذا اقاما البينة على شيء يكون ذلك مشتركا بينهما على السواء فكذلك ههنا واذا اقاما البينة على ابن مجهول النسب كان الحكم هكذا فكذا ههنا ومن وطيء جارية مكاتبة فجاءت بولد فادعاه فاما ان يصدقه المكاتب اولا فان صدقه ثبت النسب ولا تصير الجارية ام ولد للمولى وان كذبه فلا يثبت النسب ايضا وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعتبر تصديقه بل يثبت بمجرد دعوة المولى النسب كما في الاب والجامع بينهما ان جارية المكاتب كسب كسب المولى وجارية الابن كسب كسب الاب ووجه الظاهر وهو الفرق بين استيلاد جارية الابن حيث يثبت فيه النسب بغير تصديق وجارية المكاتب حيث يشترط فيها التصديق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه بحجره على نفسه ولهذا لا يملك كسب المكاتب عند الحاجة والدعوة تصرف فلا يملكها المولى الا بتصديقه والاب يملك مال ابنه لانه لم يحجر على نفسه فلا معتبر بتصديقه وانما لم تصر الجارية ام ولده اذا صدقه المكاتب لان حق الملك ثابت له في كسبه وذلك كاف لاثبات نسب الولد الا يرى انه لعجزه ينقلب حقيقة ملك فلا حاجة به الى التملك وليس للاب في مال الولد ملك ولا حق ملك ولا يمكن اثبات النسب منه الا باعتبار تملك الجارية فيثبت الملك سابقا ووقع الوطيء في ملكه وولدت منه فكانت ام ولد له وقوله وعليه عقرها اي على المولى عقر جارية المكاتب لان الملك لا يتقدم الوطيء لان ما له من حق الملك كاف لصحة الاستيلاد فكان الوطيء واقعا في غير الملك وهو يستلزم الحد او العقر وقد سقط الاول بالشبهة فتعين الثاني وقوله كما نذكره اي نذكر الحق الذي للمولى على المكاتب في كتاب المكاتب قيل في كلام المصنف رحمه الله نظر لانه قال ما له من الحق كاف لصحة الاستيلاد والمفهوم منه ثبوت استيلاد جارية المكاتب والمنصوص في الكتب عن اصحابنا رحمهم الله ان الاستيلاد لا يثبت وهو نفسه يصرح بهذا بعد خطين بقوله ولا تصير الجارية ام ولد له اي للمولى فاذا لم تصر الجاريه ام ولد له فمن اين يصح الاستيلاد والجواب ان دلالة لفظ الاستيلاد على طلب نسب الولد اقوى

من دلالته على كونها ام ولد له فكان المراد بقوله لصحة الاستيلاد صحة نسب الولد بدلالة ما بعده فان المصنف رحمه الله اجل قدرا من ان يقع بين كلاميه في سطرين تناقض وقوله وقيمة ولدها معطوف على قوله عقرها وقوله وهو انه قيل اي الولد يعني ان الولد حصل له من كسب كسبه فان المكاتب كسبه وجارية المكاتب كسب كسبه وفيه نوع تكلف ويجوز ان يكون انه اي الجارية كسب كسبه وذكر الضمير نظرا الى الخبر وهو كسب والضمير في رقه يعود الى الولد قيل في قوله كما في ولد المغرور نظر وحق الكلام كما في المغرور بدون ذكر الولد على معنى ان الجارية لا تصير ام ولد للمولى لعدم الملك فيها حقيقة كما ان الجارية لا تصير ام ولد للمغرور لعدم الملك فيها والجواب ان قوله كما في ولد المغرور متعلق بقوله فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه وحينئذ لا بد من ذكر الولد وعلى تقدير ان يكون متعلقا بقوله ولا تصير الجارية ام ولد لانه لا ملك له فيها حقيقة فتقديره كما في ام ولد المغرور وقوله وان كذبه معطوف على قوله فان صدقه المكاتب وقوله ولو ملكه يعني ولد الجارية الولد الذي ادعاه وكذبه المكاتب يوما من الدهر ثبت نسبه منه لقيام الموجب وهو الاقرار بالاستيلاد وزوال المانع وهو حق المكاتب قال في المبسوط واذا ملك المولى الجارية اي في صورة التصديق يوما من الدهر صارت ام ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب وان كذبه المكاتب ثم ملكه يوما ثبت نسبه منه لان حق الملك له في المحل كان مثبتا للنسب منه عند صحة الدعوة الا ان بمعارضة المكاتب اياه بالتكذيب امتنع صحة دعوته وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه والله اعلم بالصواب *

كتاب الايمان

كتاب الايمان

المناسبات التي تقدم ذكرها بين الكتب الى ههنا اقتضت الترتيب على ماتقدم وذكر الايمان عقيب العتاق لمناسبتها له في عدم تاثير الهزل والاكراه فيهما واليمين فى اللغة القوة قال الله تعالى لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ وفى الشريعة عقد قوي به عزم الحالف على الفعل اوالترك وشرطها كون الحالف مكلفا وسببها ارادة تحقيق ماقصده وركنها اللفظ الذي ينعقد به اليمين وحكمها البرفيما يجب البرفيه والكفارة عند فواته وانما قيد بقوله فيما يجب البرلان من الايمان ما يجب فيه الحنث على ما سيأتي والايمان على ثلثة اضرب لان اليمين بالله اما ان تكون فيهامؤاخذة اولافان كانت فاماان تكون دنيوية فهي المنعقدة اواخروية فهي الغموس وان لم تكن فهي اللغو فالغموس هي الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه وذكر المضي فيه ليس بشرط بل هوبناء على الغالب الا يرى انه اذا قال والله انه لزيد وهو يعلم انه ليس بزيد كان غموسا فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله عليه السلام من حلف كاذبا ادخله الله النار ولولا الاثم ماكان كذلك واثمه يدل على معناه لانه ماسمي غموسا الا لانه يغمس صاحبها فى الاثم ثم فى النار قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله اليمين الغموس ليست بيمين على الحقيقة لان اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة ضد المشروع ولكن سماه يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين كما سمى النبي صلى الله عليه وسلم بيع الحر بيعا مجازا لان ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة البيع والتعريف الذي ذكرناه لم يتناوله ولا كفارة فيها لكن فيها التوبة والاستغفار وقال الشافعي رحمه الله فيها الكفارة لان الكفارة شرعت لدفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق ذلك الذنب بالاستشهاد بالله كاذبا فلابد من رفعه وذلك بالكفارة كما فى المعقودة ولنا انها اي اليمين الغموس كبيرة محضة

لقوله عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وذكر منها الغموس وكل ما هو كبيرة
محضة لا تناط بها العبادة لما ان اسباب العبادات لا بد وان تكون امورا مباحة كما عرف
في الاصول والكفارة عبادة حتى تتادى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط الغموس بها
بخلاف المعقودة لانها مباحة فجاز ان تناط بها العبادة وفيه بحث من اوجه الاول لو كان
ما ذكرتم صحيحا لما وجبت الكفارة على المظاهر لكون الظهار منكرا من القول وزورا وهذا
نقض اجمالي الثاني لما وجبت بالادنى وجبت بالاعلى بالطريق الاولى الثالث الكبيرة
سيئة والعبادة حسنة واتباعها اياها ماح لها لقوله صلى الله عليه وسلم اتبع السيئة الحسنة
تمحها وهاتان معارضتان والجواب عن الاول ان الكفارة لم تجب بالظهار بل بالعود
الذي هو العزم على الوطئ وهو مباح وعن الثاني بانه لا يلزم من رفع الاضعف بشيء
رفع الاقوى به وعن الثالث بان الحسنة تمحو السيئة المقابلة لها ومقابلة هذه الحسنة لهذه
السيئة ممنوعة بل المظنون خلاف المقابلة لقوله صلى الله عليه وسلم خمس من الكبائر
لا كفارة فيهن الحديث وقوله ولو كان فيها ذنب جواب عما يقال المباح هو ما لا يكون
فيه ذنب والمنعقدة فيها ذنب فلا يكون مباحة فلا تناط بها العبادة كما ذكرتم وتقريره
لو كان في المنعقدة ذنب بهتك حرمة اسم الله تعالى فهو متأخر عن وقت الانعقاد باختيار
مبتدأ لم يدخل في السببية وبرفعها عند الطريان بخلاف الغموس فان الذنب فيها لازم
لا يفارقه لا ابتداء ولا انتهاء فيمتنع الالحاق اي الحاق الغموس بالمنعقدة وفي هذا الجواب
تلويح الى الجواب عن قوله فاشبه المعقودة والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل
وكلامه ظاهر وقوله الا انه علقه بالرجاء اشارة الى ما قال في المبسوط فان قيل فما معنى تعليق
محمد رحمه الله نفي المؤاخذة في هذا النوع بالرجاء بقوله يرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها
وعدم المؤاخذة باليمين اللغو منصوص عليه وما عرف بالنص فهو مقطوع به قلنا نعم ولكن
صورة تلك اليمين مختلف فيها وانما علق بالرجاء نفي المؤاخذة بالصورة التي ذكرها

ذكرها وذلك غير معلوم بالنص وما ذكر في الكتاب في تفسير اللغو مروي عن زرارة بن ابي اوفى وعن ابن عباس رضي الله عنه في احدى الروايتين وروي عن محمد رحمه الله انه قال هو قول الرجل في كلامه لا والله وبلى والله وهو قريب من قول الشافعي رحمه الله فان عنده اللغو ما يجري على اللسان من غير قصد سواء كان في الماضي او في المستقبل وهو احدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله عنه وروت عايشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في تفسير اللغو لا والله وبلى والله وتاويله عندنا فيما يكون خبرا عن الماضي فان اللغو ما يكون خاليا عن الفائدة والخبر في الماضي خال عن فائدة اليمين لان فائدتها المنع او الحمل وذلك لا يتحقق في الماضي فكان لغوا واما في الخبر المستقبل فعدم القصد لا يعدم فائدة اليمين وقد ورد الشرع بان الهزل والجد في اليمين سواء ولقائل ان يقول في حصر الايمان على الثلثة على التفسير المذكور في الكتاب نظر لان قول الرجل والله اني لقائم الآن في حال قيامه مثلا يمين وليس من الضروب المذكورة في الكتاب على التفسير المذكور ويمكن ان يلتزم بانه ليس بيمين على هذا الاصطلاح لما مر من تعريفها وانما هذا قسم وهو جملة انشائية اكدت بها جملة اخرى والقاصد في اليمين والمكره والناسي وهو ان يذهل عن التلفظ باليمين ثم يتذكر انه تلفظ بلفظ اليمين ناسيا وفي بعض النسخ ذكر الخاطئ مكان الناسي وهو ان يريد ان يسبح مثلا فجرى على لسانه اليمين سواء حتى تجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين فان قلت اليمين عقد يقوي بها عزم الحالف على الفعل او الترك فهو من الافعال الاختيارية فكيف يكون الناسي فيه كالقاصد قلت ذلك هو القياس وقد ترك بالنص لا يقال النص معارض بقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطأ والنسيان الحديث لانه محتمل ونص اليمين مفسر وقوله والشافعي رحمه الله يخالفنا في ذلك يعني في وجوب الكفارة على المكره والناسي وسنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى ومن فعل المحلوف عليه ناسيا او مكرها فهو سواء

اي فهو ومن فعله مختارا سواء تركه لدلالة فحوى الكلام عليه لان شرط الحنث وجود الفعل حقيقة وقد وجد لانه لا ينعدم بالاكراه وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة وهو وجود الفعل الحسي وقوله ولو كانت الحكمة رفع الذنب جواب عما يقال الحكمة في ايجاب الكفارة رفع الذنب والمغمى عليه والمجنون لاذنب لهما لعدم فهم الخطاب فكيف يجب عليهما الكفارة وتقريره الحكم وهو وجوب الكفارة دائر مع دليل الذنب وهو الحنث لا مع حقيقة الذنب كوجوب الاستبراء دائر مع دليل شغل الرحم وهو استحداث الملك لا مع حقيقة الشغل حتى انه يجب وان لم يوجد الشغل اصلا بان اشترى جارية بكرا او اشتراها من امرأة ولقائل ان يقول اقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه انما تكون اذا كان المدلول امرا خفيا في الاصل فيدور عليه وان لم يتصور المدلول في بعض الصور كما ذكرت من شغل الرحم والمدلول وهو الذنب في هذه الصورة عند الحنث متحقق ظاهرا فلا تصح اقامة الدليل مقام المدلول والله اعلم بالصواب *

باب مايكون يمينا ومالا يكون يمينا

لما فرغ من بيان ضروب الايمان بين مايكون يمينا من الالفاظ ومالا يكون واليمين بالله اي بهذا الاسم او باسم آخر من اسمائه كالرحمن والرحيم او بصفة من صفات ذاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه والمراد بالاسم ههنا لفظ دال على الذات الموصوفة بصفة كالرحمن والرحيم وبالصفة المصادر التي تحصل عن وصف الله باسماء فاعليها كالرحمة والعلم والعزة والصفة على نوعين صفة ذات وصفة فعل لانه اما ان يجوز الوصف به وبضده اولا والثاني صفة الذات كالعزة والعظمة والعلم والاول صفة الفعل كالرحمة والغضب لجواز ان يقال رحم الله المؤمنين ولم يرحم الكافرين وغضب على اليهود دون

دون المسلمين ومشائخنا العراقيون رحمهم الله على ان الحلف بصفات الذات يمين وبصفات الفعل ليس بيمين ويلزمهم ان يكون وعلم الله يمينا واعتذروا بانه القياس ولكنه ترك لمجيئه بمعنى المعلوم ومشائخ ماوراء النهر على ان الحلف بكل صفة تعارف الناس على الحلف بها يمين وبكل صفة لم يتعارفوه ليس بيمين وهو مختار المصنف رحمه الله يدل على ذلك قوله يحلف بها عرفا وقوله لان الحلف بها متعارف وقوله ومعنى اليمين وهو القوة الى آخره ذكره استظهارا لانه لما بني الايمان على العرف كان وجوده مغنيا عن النظر الى غيره وقوله الاقوله وعلم الله استثناء منقطع من قوله او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا فان اليمين به اذا لم يكن متعارفا كان استثناؤه عن العرف منقطعا والكلام في قوله ولانه يذكر ويراد به المعلوم كالكلام في قوله ومعنى اليمين وهو القوة حاصل في انه مذكور للاستظهار نعم العراقيون يحتاجون الى ذكر معذرة عن وروده على اصلهم كما تقدم وقوله ولان الرحمة قد يراد بها اثرها منقوض بقدرة الله تعالى لانه يقال انظر الى قدرة الله تعالى والمراد به اثره والا لكان بمعنى المقدور لكون القدرة غير مرئية فيكون كالعلم ومع ذلك يحلف بها والحق ان مبنى الايمان على العرف فما تعارف الناس الحلف به كان يمينا والحلف بقدرة الله تعالى متعارف وبعلمه ورحمته وغضبه غير متعارف ولهذا قال محمد رحمه الله وامانة الله تعالى يمين ثم لما سئل عن معناه قال لاادري وكأنه وجد العرب يحلف بامانة الله تعالى عادة فجعله يمينا كانه قال والله الامين ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا مثل ان يقول والنبي والقرآن والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فليحلف بالله اوليذر روى مالك رحمه الله في الموطا عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرك عمر رضي الله عنه وهو يسير في ركب وهو يحلف بابيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله ينهكم ان تحلفوا بابائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله اوليصمت قال المصنف رحمه الله اما لو قال انا

بريء منهما يكون يمينا لان التبري منهما اي من النبي صلى الله عليه وسلم والقرآن كفر ولقائل ان يقول سلمنا ان التبريء منهما وكذا من كل كتاب سماوي كفر لكن كونه كفرا ليس بيمين ولا يستلزمها الا يرى انه لوقال بحيوتك لافعلن كذا واعتقد ان البربه واجب كفر وليس بيمين والجواب سيجيء عند قوله ان فعل كذا فهو يهودي اونصراني **قوله** والحلف بحرف القسم الحلف بالله انما يكون بحرف القسم ظاهرا اومضمرا وبحث حروف القسم وكون الباء اصلا وغيره بدلا وجواز اضمار الحرف والنصب بعد الاضمار على ما اختاره البصريون او الجر على ما اختاره الكوفيون كله وظيفة نحوية في الاصل والاصولي يبحث عنها من حيث استنباط المسائل الفقهية منها والواصل الى حد الاشتغال بكتاب الهداية لابد وان يكون قد خلف ذلك وراءه والفرق بين الاضمار والحذف بقاء اثر المضمر دون المحذوف والمصنف رحمه الله ذكر في الاضمار في الرواية والحذف في التعليل بطريق المساهلة كذا في النهاية ويجوز ان يقال اطلق الاضمار بالنظر الى الجر والحذف بالنظر الى النصب وقوله وكذا اذا قال لله في المختار احتراز عما روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لوقال لله علي ان لااكلم فلانا انها ليست بيمين الا ان ينوي ان الصيغة صيغة النذر ويحتمل معنى اليمين ولا اثر لتعيين الاعراب في المقسم به نصبا وجرا في منع صحة القسم لان العوام لايميزون بين وجوه الاعراب وقوله قال ابوحنيفة رحمه الله ظاهر وقوله والمنكر يراد به تحقيق الوعد يريد الفرق بين والحق وحقا بان المعرف اسم من اسماء الله تعالى قال الله تعالى وَلَوِ اتَّبَعَ الْحَقُّ اَهْوَاءَهُمْ والحلف به متعارف فيكون يمينا واما المنكر فهو مصدر منصوب بفعل مقدر فكأنه قال افعل هذا الفعل لامحالة وليس فيه معنى الحلف فضلا عن اليمين ولوقال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله ظاهر واعترض بان اليمين ماكان حاملا على فعل شيء اوتركه موجبا للبر وعند فواته يكون موجبا للكفارة على وجه الخلافة عن البر ثم قوله اقسم لايكون موجبا من البر شيئا بمجرده لانه

لانه لم تعقد يمينه على فعل شيء او تركه فكيف يكون يمينا ولان الكفارة انما تكون لستر الذنب الذي وقع فيه بسبب هتك حرمة اسم الله تعالى وليس في اقسم مجردا هتك حرمة اسم الله تعالى فكيف يكون هو موجبا للكفارة لان قوله اقسم صيغة فعل مضارع فكما يكون هي للحال كذلك يكون للاستقبال فلو وجبت الكفارة من حيث انها للحال لم تجب من حيث انها للاستقبال ولم تكن واجبة قبل هذا فلا تجب بالشك لا سيما في حق الكفارة فانها ملحقة بالحدود حتى انها اذا اجتمعت تداخلت كالحدود واجيب بانه الحق بقوله علي يمين وهو يوجب الكفارة ذكره في الذخيرة وغيرها ووجه ذلك ان كلمة على للايجاب واليمين لا توصف بالوجوب وانما موجبه يوصف بذلك وموجبه البر وهو غير ممكن ههنا اوخلفه وهو الكفارة فيجعل كلامه اقرارا بالكفارة صونا لكلامه عن الالغاء لذلك وقوله اقسم اخبار عن القسم في الحال وما ثمه قسم لانه عبارة عن جملة انشائية تؤكد بها جملة اخرى كما تقدم ولم يوجد منه شيء فيجعل اقرارا عن موجب اليمين بطريق الخلافة لذلك واذا كان اقرارا بوجوب الكفارة لم يحتج الى وجوب البر ابتداء ولا الى تصوير هتك حرمة اسم الله ولا الى جعل تلك الصيغة للاستقبال وهذا كما ترى يشير الى انه قال علي يمين او اقسم ولم يزد على ذلك اما اذا كان اقسم لافعلن كذا او علي يمين ان افعل كذا يصح اقرارا فيجوز ان يقال قد تقدم ان اليمين عقد يقوى به عزم الحالف على الفعل او الترك وهو موجود والعادة قد جرت باليمين به قال الله تعالى اِذْ اَقسموا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِيْنَ وقال وَاَقسموا بِاللهِ جَهْدَ اَيْمَانِهِمْ وقال يَحلِفُوْنَ لَكُمْ لِتَرْضَوا عنهم وقال يَحْلِفُوْنَ بِاللهِ لَكُم لِيُرْضُوكُم وقال قَالُوا نشهد اِنَّكَ لَرَسُولُ اللهِ وقال فَشَهَادَةُ اَحَدِهِم اَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللهِ وكما جاز ان يكون حرف القسم مضمرا جاز ان يكون المقسم به ايضا كذلك وهو حجة على زفر رحمه الله في عدم جوازه بدون ذكر اسم الله ثم اختلف في النية اذا لم يذكر اسم الله فقيل لا يحتاج اليها وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله **قوله** وكذا قوله لعمر الله هذا معطوف على اصل المسئلة

وهوقوله اقسم الى آخره والعمر بالفتح والضم البقاء الا ان الفتح غلب في القسم لايجوز فيه الضم قال في المبسوط لعمرالله يمين باعتبار المعنى قال الله تعالى لَعَمْرُكَ والعمر هو البقاء والبقاء من صفات الذات فكأنه قال والله الباقي وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين عند الكوفيين وقال البصريون معناه والله وكلمة ايم صلة اي كلمة مستقلة كالواو والبحث في قطع همزتها ووصلها وغير ذلك وظيفة نحوية وقوله والحلف باللفظين يريد قوله لعمر الله وايم الله متعارف يحلف بهما عادة ولم يرد نهي من الشرع فيكون يمينا وقوله وكذا عهد الله وميثاقه ظاهر ومن قال علي نذر او نذر الله ان لا افعل كذا كان يمينا لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين ومن قال ان فعل كذا فهو يهودي اونصراني اوكافر اومجوسي كان يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كمانقول في تحريم الحلال وهذا جواب من قال انابريء من الكعبة او النبي صلى الله عليه وسلم فانه يكون يمينا وان كان ذلك كفرا لانه اعتقد ان البراءة واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره فكان يمينا وهذا هو الموعود فيما تقدم وقد روي عن محمد رحمه الله انه اذا قال هو يهودي ان فعل كذا هونصراني ان فعل كذا فهما يمينان وان قال هو يهودي ونصراني ان فعل كذا فهو يمين واحدة لان في الاول كل واحد من اللفظين تام بذكر الشرط والجزاء وفي الثاني كلام واحد حيث ذكر الشرط مرة واحدة وقوله ولوقال ذلك لشيء قد فعله يعني لو حلف بهذا اللفظ على امر ماض فان كان عنده انه صادق فلا شيء عليه وان كان يعلم انه كاذب فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل يعني كما لو حلف به على امر في المستقبل فانه في المستقبل كان يمينا يكفر ولا يكفر الحالف كذلك اذا كان في الماضي وقيل وهو قول محمد بن مقاتل يكفر لانه علق الكفر بما هو موجود والتعليق بالموجود تنجيز فكأنه قال هو يهودي * قال في النهاية والصحيح انه اذا كان عالما يعرف انه

يعرف انه يمين فانه لا يكفر به في الماضي والمستقبل وان كان جاهلا وعنده انه يكفر بالحلف يكفر في الماضي والمستقبل لانه لما اقدم على ذلك الفعل وعنده انه يكفر فقد رضي بالكفر وقوله لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل قال في النهاية اما الزنا والسرقة فانهما يحتملان النسخ ولكن ذلك الفعل المقصود بالزنا والعين المقصودة بالسرقة بعينه جاز ان يكون حلالا له بوجه النكاح وملك اليمين فسمي احتمال انقلابهما من الحرمة الى الحل بالسبب الشرعي نسخا وتبديلا واما الخمر والربوا فيحتملان النسخ في نفسه وان لم يرد النسخ في حقه الا يرى انه يحل في دار الحرب واقول في كلام المصنف رحمه الله لف ونشر على غير السنن وذلك لان قوله نسخا متعلق بشرب الخمر واكل الربوا وقوله تبديلا بالزنا والسرقة ويراد بالتبديل انقلاب المحل كما ذكره وهذا افادة والحمل على ما ذكره صاحب النهاية اعادة والحمل على الاولى اولى فاذا كان كذلك لم تكن حرمة هذه الاشياء في معنى حرمة اسم الله تعالى لان حرمته لا يحل في حال فلا يتحقق اليمين بذكر هذه الاشياء ولانه ليس بمتعارف فلا يكون يمينا والله اعلم بالصواب *

فصل في الكفارة

لما فرغ من بيان الموجِب شرع في بيان الموجَب وهو الكفارة لكن هي موجب اليمين عند الانقلاب لان اليمين لم تشرع للكفارة بل تنقلب موجبة لها عند انتقاضها بالحنث وكلامه واضح وكون الواجب احد الاشياء على التخيير او واحدا معينا عند الله وان كان مجهولا عندنا وعدم حمل الشافعي رحمه الله المطلق على المقيد على ما هو من مذهبه وغير ذلك مقرر في التقرير فليطلب ثمه وقوله وهو الصحيح احتراز عما روي في نوادر بن سماعة رحمه الله انه يجوز وفي رواية اخرى ان اعطى السراويل المرأة لا يجوز

وان اعطى الرجل يجوز لان المعتبر رد العرى بقدر ما يجوز به الصلوة لان ستر العورة فرض لايجوز الصلوة بدونه امامازاد عليه ففضل يعتبر للتجمل والتدفؤ فلا يؤاخذ عليه في الكسوة كما لا يؤاخذ على الادام في الطعام وقوله ولكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة يعني لو اعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه من الكسوة لان الاكساء لايحصل به ولكنه يجزيه من الطعام اذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع من حنطة وكذلك لو اعطى عشرة مساكين ثوبا بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كلا منهم اكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة لانه لا يكتسي به كل واحد منهم ويجزيه من الطعام وهل يشترط النية اولا ذكر شيخ الاسلام في ظاهر الرواية يجزيه نوى ان يكون بدلا عن الطعام اولم ينو وعن ابي يوسف رحمه الله اذا نوى ان يكون بدلا من الطعام يجزيه عن الطعام وان لم ينو لم يجزه وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي رحمه الله يجزيه بالمال لانه اداها بعد السبب وهو اليمين لانها تضاف الى اليمين يقال كفارة اليمين والواجبات تضاف الى اسبابها حقيقة والاداء بعد السبب جائز لا محالة فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا لانها تحصل بهتك حرمة اسم الله تعالى بالحنث وقوله واليمين ليست بسبب جواب عن قوله لانه اداها بعد السبب وهو اليمين ووجهه ان السبب مايكون مفضيا واليمين غير مفض الى الكفارة لانها تجب بعد نقضها بالحنث وانما اضيفت اليها لانها تجب بحنث بعد اليمين كما تضاف الكفارة الى الصوم بخلاف الجرح لانه مفض الى الموت وقوله ثم لا يسترد من المسكين قيل هو معطوف على قوله لم يجزه يعني وان لم يقع كفارة اذا دفع الى المسكين قبل الحنث لكن لايسترد منه لانه قصد شيئين ستر الجناية وحصول الصواب ولم يحصل الاول لعدم الجناية فيحصل الثاني فيكون قد وقعت صدقة ولارجوع فيها ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي اولا يكلم اباه اوليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث

ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه معناه من حلف على مقسم عليه من فعل او ترك لان اليمين مركبة من مقسم به وهو الله ومقسم عليه وهو قوله لا نعلن كذا اولا افعلن فكان من باب ذكر الكل وارادة البعض وفي وجه الاستدلال به نظر لانه قال ورأى غيرها خيرا منها فالمدعى مطلق والدليل مشروط برؤية غيره خيرا والجواب ان حال المسلم يقتضي ان يرى ترك المعصية خيرا منها فيجعل الشرط موجودا نظرا الى حاله وقوله ولان فيما قلنا يعني اداء الكفارة بعد الحنث تفويت البر الى جابر وهو الكفارة لما ان الجابر يقتضي سبق خلل المجبور وهو خلل اليمين بالحنث فيما قلنا فتصلح الكفارة جابرة ولا جابر للمعصية في ضده اي في ضد ما قلنا اي لا جابر لمعصية الحنث فيما قاله الشافعي رحمه الله لان الحنث لما تأخر عن الكفارة لم تصلح الكفارة السابقة جابرا لذلك الحنث لان الجابر لا يتقدم كذا فى النهاية * وقال في بعض الشروح ولان فيما قلنا اي في تحنيث النفس والتكفير بعد ذلك تفويت البر الى جابر والجابر هو الكفارة والفوات الى جابر كلا فوات فتكون المعصية الحاصلة بتفويت البر كلا معصية لوجود الجابر اما اذا اتى بالبر وهو ترك الصلوة وقطع الكلام عن الاب وقتل فلان بغير حق تحصل المعصية بلا جبر لها فتكون المعصية قائمة لا محالة فلهذا قلنا يحنث نفسه ويكفر عن يمينه وكلا الوجهين صحيح والثاني انسب واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه فلا حنث اي لا كفارة عليه وقال مالك والشافعي رحمهما الله يكفر بالمال لان اليمين تعقد للبر وهو من اهله لانه انما يتحقق ممن يعتقد تعظيم حرمة اسم الله تعالى وهو يعتقد ذلك فكان اعتقاده يحمله على البر ولهذا يستحلف فى الدعاوى والخصومات ولنا انه ليس باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله ومع الكفر لا يكون معظما اذ الكفر اهانة واستخفاف بالخالق وهو ينافى التعظيم ولا هو اهل للكفارة لانها عبادة بخلاف الاستحلاف

في الدعاوي والخصومات فان المقصود منه ظهور حق المدعي بالنكول والاقرار والكفر لافيما في ذلك **قوله** ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه مثل ان يقول حرمت على نفسي ثوبي هذا او طعامي هذا لم يصر محرما لعينه وعليه ان استباحه اي ان فعل شيئا مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وقال الشافعي رحمه الله لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع وقلب المشروع لا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين كعكسه وهو تحليل الحرام ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة فاما ان يثبت به حرمة لعينها وهو غير جائز لانه قلب المشروع كما ذكرتم او لغيرها باثبات موجب اليمين وفيه اعمال اللفظ والمصير الى اعمال اللفظ عند الامكان واجب فيصار اليه وبهذا التقرير يندفع ما قيل ان بين قوله لم يصر محرما وبين قوله وعليه ان استباحه تنافيا لان الاستباحة انما تستعمل فيما كان ثمه تحريم وقوله لم يصر محرما ينافيه وذلك لان قوله لم يصر محرما معناه محرما لعينه وقوله ان استباحه اشارة الى الحرمة لغيره وعورض بان اليمين اما بان يذكر مقسم به وهو عند ذكر اسم من اسماء الله تعالى او صفة من صفاته كما تقدم او بان يذكر شرط وجزاء وليس شيء منهما بموجود فكيف صار يمينا واجيب بسقوطها لقوله تعالى قَدْ فَرَضَ اللهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ بعد قوله لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللهُ لَكَ في تحريم العسل او تحريم مارية اطلق الايمان على تحريم الحلال وفرض تحلة الايمان والرأي لا يعارض النصوص السمعية ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لان قوله هذا في قوة ان يقال والله لا افعل فعلا حلالا وقد فعل فعلا حلالا وهو التنفس وفتح العينين فيحنث وهو قول زفر رحمه الله ووجه الاستحسان ان اليمين تعقد للبر وهو لا يحصل مع اعتبار العموم لامتناع ان لا يتنفس ولا يفتح العينين فيعلم بدلالة الحال عدم ارادة العموم فيصار الى اخص الخصوص وهو الطعام والشراب للعرف فان العادة جارية باستعماله في المتناولات واذا لم يكن العموم مرادا لا يتناول المرأة الا بالنية واذا نواها كان ايلاء لما بينا ان

ان هذا الكلام يمين فيكون معناه والله لا اقربك وهو من صور الايلاء وهذا جواب
ظاهر الرواية ومشايخ بلخ كابي بكر الاسكاف وابي بكر بن ابي سعيد والفقيه
ابوجعفر وبعض مشائخ سمرقند رحمهم الله قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال
وعليه الفتوى وقوله وكذا ينبغي ظاهر ولم يذكر ما لو قال هرچه بدست چپ گيرم بروى
حرام وقد قيل لا يقع به الطلاق وان نوى ولو قال هرچه بدست راست گيرم كان
طلاقا قيل يقع به الطلاق وان لم ينو وقيل لا يقع الا بالنية ومن نذر نذرا مطلقا مثل ان قال لله
علي صوم سنة ولم يعلقه بشيء فعليه الوفاء به لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر وسمى فعليه
الوفاء بما سمى وان علق النذر بشرط سواء كان شرطا اراد كونه او لم يرد فوجد الشرط فعليه
الوفاء بنفس النذر ولا ينفعه كفارة اليمين لاطلاق الحديث فانه لم يفصل بين كون النذر
مطلقا او معلقا بشرط ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده ولو نجز النذر عند وجود الشرط لم يجزه
الكفارة فكذا ههنا وعن ابي حنيفة رحمه الله انه رجع عنه اي عن تعيين الوفاء بنفس النذر
الى القول بالتخيير بين كفارة اليمين وبين الوفاء بذلك وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي
حجة او صوم شهر او صدقة ما املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد رحمه الله
ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا حتى لو كان معسرا كان متخيرا بين ان يصوم
ثلثة ايام وان يصوم شهرا وهذا مروي عن ابي حنيفة رحمه الله في النوادر ووجهه ما روي
في السنن مسندا الى عقبة بن عامر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كفارة
النذر كفارة اليمين قالوا هذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان بين الحديثين كما ترى معارضة
فحملوا الحديث الاول على النذر المرسل وعلى مقيد اراد الحالف كونه والثاني على
مقيد لا يريد كونه جمعا بين الآثار والمعنى الفقهي في ذلك ان في الشرط الذي يريد كونه
كلاما يشتمل على معنى النذر واليمين جميعا اما معنى النذر فظاهر واما معنى اليمين
فلانه قصد به المنع عن ايجاد الشرط فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء والتخيير بين القليل

والكثير في الجنس الواحد باعتبار معنيين مختلفين جائز كالعبد اذا اذن له مولاه بالجمعة فانه مخير بين اداء الجمعة ركعتين وبين اداء الظهر اربعا والنذر واليمين معنيان مختلفان لان النذر قربة مقصودة واجب لعينه واليمين قربة مقصودة لغيره وهو صيانة حرمة اسم الله تعالى بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مرضي لانعدام معنى اليمين فيه وهو المنع لان قصده اظهار الرغبة فيما جعله شرطا قال المصنف رحمه الله وهذا التفصيل اي الذي ذكرنا بين شرط لا يريد كونه وبين شرط يريده هو الصحيح وفيه نظر لانه ان اراد حصر الصحة فيه من حيث الرواية فليس بصحيح لانه غير ظاهر الرواية وان اراد حصرها فيه من حيث الدراية لدفع التعارض فالدفع ممكن من حيث حمل احدهما على المرسل والآخر على المعلق من غير تفرقة بين ما لا يريد كونه وما يريده على ان فيه ايماء الى المقصود في الذهاب الى ظاهر الرواية ومن حلف على يمين اي على مقسم عليه من فعل اوترك وقال ان شاء الله تعالى متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فقال ان شاء الله تعالى فقد بر في يمينه رواه ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وقوله فقد بر في يمينه معناه لا يحنث ابدا لعدم انعقاد اليمين وقوله الا انه لا بد من الاتصال استثناء من قوله فلا حنث عليه لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين فان قلت هذا تعليل في مقابلة النص فان الحديث باطلاقه لا يفصل بين المنفصل والمتصل قلت الدلائل الدالة من النصوص وغيرها على لزوم العقود هي التي توجب الاتصال فان جواز الاستثناء منفصلا يفضي الى اخراج العقود كلها من البيوع والانكحة وغيرهما من ان تكون مستلزمة وفي ذلك من الفساد ما لا يخفى وهذا التعليل يوافق تلك الادلة فيحمل حديث الاستثناء على الاتصال توفيقا بين الادلة وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنه جواز الاستثناء منفصلا وفيه ما ذكرناه والله اعلم بالصواب *

باب اليمين

باب اليمين في الدخول والسكنى

لما كان انعقاد اليمين على فعل شيء اوتركه لم يكن بد من ذكر انواع الافعال الواردة في اليمين فذكرها في ابواب وقدم الدخول والسكنى على غيرهما من الاكل والشرب ونحوهما لان اول مايحتاج اليه الانسان الذي يتحقق منه اليمين بعد وجوده مسكن يدخل فيه ويسكنه ثم يتوارد عليه سائر الافعال من الاكل والشرب وغيره واليه وقعت الاشارة في قوله تعالى يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ فِرَاشًا وَالسَّمَاءَ بِنَاءً الآية والدخول عبارة عن الانتقال من الظاهر الى الباطن والسكنى عبارة عن الكون في مكان على سبيل الاستقرار مبينة لاهله وقوله ومن حلف لا يدخل بيتا ظاهر والبيعة معبد للنصارى والكنيسة لليهود وقوله ان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما اعدت لها اعترض عليه بان الله تعالى سمى الكعبة بيتا قال إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ وسمى المساجد بيوتا بقوله فِي بُيُوتٍ أَذِنَ اللَّهُ واجيب بان الايمان مبناها على العرف لا على الفاظ القرآن الاترى ان الله تعالى سمى بيت العنكبوت بيتا ومطلق اسم البيت في اليمين لايتناوله واستشكل بما قال في الفوائد الظهيرية اذا حلف لايهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت حنث وسيجيء الجواب ان شاء الله تعالى وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار قال في المغرب ظلة الدار هي السترة التي فوق الباب وقول المصنف رحمه الله والظلة تكون على السكة اراد بها الساباط الذي يكون على باب الدار ولايكون فوقه بناء وانما لم يحنث لانه لايطلق عليه اسم البيت ولعدم البيتوتة فيه وكذلك اذا كان فوقه بناء الا ان مفتحه الى الطريق لا يحنث اذا كان عقد يمينه على بيت شخص بعينه لانه ليس من جملة بيته وقوله وقيل اذا كان الدهليز ظاهرا وان دخل صفة حنث لانها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الاوقات فصار كالشتوي والصيفي الذي

يبنى للبيتوتة فيه شتاء او صيفا وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفافهم اي صفاف اهل الكوفة ذكر عن ابي حازم القاضي ان هذه اشكلت علي حتى دخلت الكوفة فرأيت صفافهم مبتوتة فعلمت ان الايمان وضعها على تعارفهم وقيل الجواب مجري على اطلاقه يعني سواء كانت ذات حوائط اربعة او ثلثة هو الصحيح دون الحمل على عرفهم لان البيت اسم لمبني مسقف مدخله من جانب واحد بني للبيتوتة وهذا المعنى موجود فى الصفة الا ان مدخلها اوسع فيتناولها اسم البيت فيحنث ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غير عامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك فمنها ما قال لبيد * (شعر) عفت الديار محلها فمقامها * بمنى تأبد غولها فرجامها * عفا يعفو متعد ولازم وههنا لازم تأبد المنزل اي اقفر والفته الوحوش والغول والرجام موضعان يقول عفت ديار الاحباب ما كان منها للحلول وما كان منها للاقامة وهذه الديار كانت بمنى فقد توحشت الديار الغولية والرجامية وقال قائلهم * الدار دار وان زالت حوائطها * والبيت ليس ببيت بعد تهديمه * وهذا ظاهر وقوله والبناء وصف فيها غير ان الوصف فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبر لما ذكر فى الاصول ان المحلوف عليه لا بد وان يكون معلوما فاذا كانت مشارا اليها كان المحلوف عليه معلوما فلا حاجة الى المعرف بخلاف المنكر فانه لا معرف له سوى الوصف فيكون معتبرا واعترض بوجهين احدهما ان الصفة لو كانت معتبرا فى المنكر لما وقعت المشتراة للموكل اذا وكل رجل رجلا بشراء دار فاشترى دارا خربة لانها غير موصوفة وهذا نقض اجمالي والثاني ان البناء لا يخلو اما ان يكون داخلا فى المسمى او لم يكن فان كان داخلا وجب ان لا يختلف الحال بالغيبة والحضور فى الدخول كالعرصة وان لم يكن داخلا وجب ان لا يختلف الحال ايضا في عدم الدخول كما اذا حلف لا يكلم رجلا

رجلا لا يتقيد يمينه برجل قاعد عالم الى غير ذلك من الصفات الخارجة عنه وهذه معارضة واجيب عن الاول بان الدار في الوكالة تعرف بوجه لان التوكيل بشرائها انما يصح عند بيان الثمن وليست فيما نحن فيه كذلك ولا يلزم من صحة انعقاد الوكالة صحة انعقاد اليمين بلا صفة وعن الثاني بان البناء صفة متعينة للدار فجاز ان يكون مرادا بحكم العرف لتعينه وفي الرجال التزاحم في الصفات ثابت من العلم والعقل والقدرة والصناعة والحسن والجمال وهذه الصفات باسرها يمتنع ارادتها عادة وليس البعض اولى من البعض في الارادة فيمتنع الالحاق اصلا كذا في النهاية محالا على الفوائد الظهيرية ورد بان البناء ضده الخراب فكانت الدار محل توارد هما فكيف صار البناء صفة متعينة فهو في حيز النزاع واقول في جواب المعارضة المذكورة من التقسيم غير حاصر لجواز ان يكون داخلا في المنكر لاحتياجه الى التعريف غير داخل في المعرف لاستغنائه عنه ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها حنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا فدخله لم يحنث لاعتراض اسم آخر عليه ومن ضرورة حدوث هذا الاسم زوال ذلك الاسم واليمين قد انعقدت لما يسمى دارا ولم يبق وقوله وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام ظاهر **قوله** وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت فانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لبقاء الاسم قال الله تعالى فَتِلْكَ بُيُوتُهُمْ خَاوِيَةً في بيوت منهدمة السقوف ولانه يبات فيه فكان السقف وصفا فيه * وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لم يحنث لان الاسم لم يبق بعد الانهدام وانه صار بيتا بسبب حادث واختلاف السبب يوجب اختلاف العين فلا يكون داخلا في البيت المحلوف عليه فلا يحنث كذا في الشروح ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها بالصعود اليه من خارج حنث لان السطح من الدار لان الدار عبارة عما

احاط به الدائرة وهو حاصل في علوها وسفلها الا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد ولا يجوز للجنب والحائض الوقوف عليه ولا يظن ان السقف من البناء فيتوهم التناقض بين كلاميه لانه قال من قبل والبناء وصف فيها وقيل اذا وقف على السطح لا يحنث في عرفنا قال الفقيه ابو الليث رحمه الله في النوازل ان كان الحالف من بلاد العجم لا يحنث ما لم يدخل الدار لان الناس لا يعرفون ذلك دخولا في الدار وكذا اذا دخل دهليزها يحنث ذكره القدوري رحمه الله مطلقا وقال المصنف رحمه الله ويجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم يعني به قوله اذا اغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف وقوله وان وقف في طاق الباب ظاهر وقوله وجه الاستحسان تقريره القول بالموجب يعني سلمنا ان للدوام حكم الابتداء لكن فيما له دوام والدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل وليس له دوام واطلاق الانتقال بدل الانفصال اولى لكونه حركة آنية تسمى نقلة وقوله ولو حلف لا يلبس هذا الثوب ظاهر وقول زفر رحمه الله قياس وقولهم استحسان وحاصل كلامه ان الافعال على ضربين ضرب يقبل الامتداد وضرب لا يقبله والفاصل بينهما قبول التاقيت وعدمه فما قبل التاقيت قبل الامتداد وما لا فلا والاستدامة على الممتد بمنزلة الانشاء قال الله تعالى فَلَا تَقْعُدْ بَعْدَ الذِّكْرَىٰ مَعَ الْقَوْمِ الظَّالِمِينَ اي فلا تمكث قاعدا لانه صلى الله عليه وسلم كان يعظ الناس قاعدا وعلى هذا قالوا اذا قال لها كلما ركبت فانت طالق فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت وان مكثت مثلها طلقت اخرى لان للدوام حكم الابتداء وكلمة كلما تعم الافعال فيتكرر الجزاء بتكرر الشرط ونوقض بما لو قال كلما ركبت دابة فعلي ان اتصدق بدرهم فركب دابة فعليه درهم وان طال مكثه في الركوب ولو كان ما ذكرتم صحيحا للزمه اكثر من ذلك واجيب بان الاستدامة فيما يمتد بمنزلة الانشاء اذا لم يكن الانشاء الخالص مرادا ولهذا قلنا في هذا الفصل اذا كان راكبا وقت اليمين لزمه في كل وقت

في كل وقت يمكنه النزول والركوب درهم لكون الانشاء الخالص غير مراد وانما قال بمعنى المدة والتوقيت احترازا عما يقال في مجاري كلامهم دخلت يوما وخرجت يوما لكن لا بمعنى المدة والتوقيت وقوله ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه نوى محتمل كلامه سماه محتملا وان كان قوله لا يركب حقيقة في الابتداء لانه حقيقة فيه اذا لم يكن راكبا واما اذا كان راكبا فالابتداء من محتملاته وقوله ومن حلف لا يسكن هذه الدار يعني وهو متأهل بدليل قوله فخرج ومتاعه واهله فيها وفيه اشارة الى انه لو لم يكن متأهلا بل هو ممن يعوله غيره فخرج بنفسه لم يحنث والمتأهل اذا حلف فاما ان حلف على الدار او المصر او القرية فان كان الاول فلا بد من نقل اهله ومتاعه وان كان الثاني يكتفى بنقله الى مصر آخر على ما روي عن ابي يوسف رحمه الله وان كان الثالث فقد اختلف المشائخ فيه حملها بعضهم على الدار وبعضهم على المصر وهو الصحيح والحاكم في ذلك العرف ليس الا ثم اختلفوا في كيفية الانتقال على ما ذكر في الكتاب واعترض على قول ابي حنيفة رحمه الله بان سكناه كان بجميع ما كان معه من الاهل والمتاع واذا خرج بعضه انتفى سكناه لان الكل منتف بانتفاء البعض واجيب بان الكل ينتفي بانتفاء جزء حقيقي لا اعتباري وما ذكرتم ليس كذلك وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر بلا تاخير حتى يبر وقال في الينابيع ان لم يمكنه النقل من ساعته بعذر الليل او بمنع ذي سلطان او عدم موضع آخر ينتقل اليه لم يحنث لان ذلك الضرورة مستثناة خلافا لزفر رحمه الله وكذا لو سد عليه الباب فلم يقدر على النقلة او كان شريفا او ضعيفا لا يقدر على نقل المتاع بنفسه ولم يجد احدا ينقلها لم يحنث حتى يجد من ينقلها ويلحق الموجود بالمعدوم للتعذر ونوقض بما ذكره الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل رحمه الله ان من قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج يحنث وكذا لو قال لامرأته وهي في منزل والدها ان لم تحضري الليلة في منزلي فانت طالق فمنعها الوالد من الحضور يحنث واجيب بان في مسئلة الكتاب شرط الحنث

السكنى وانه فعل وجودي لا يحصل بدون الاختيار ولا يحصل الاختيار مع وجود الموانع المذكورة واما في صورة النقض فشرط الحنث عدم الخروج والعدم لا يحتاج الى اختيار فان انتقل الى السكة او المسجد قالوا لا يبر وقيل يبر لانه لم يبق ساكنا دليل الاول ما ذكره في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلوة كذا هذا وصورته كوفي نقل عياله الى مكة ليوطن بها فلما دخلها وتوطن بها بدا له ان يرجع الى خراسان فمر بالكوفة فانه يصلي بها ركعتين لان وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وان بدا له في الطريق قبل ان يدخل مكة ان لا يستوطن بمكة ورجع الى خراسان فمر بالكوفة فانه يصلي في الكوفة اربعا لان وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطنا آخر فكذا هذا وفي بعض الشروح قوله قالوا لا يبر معناه اذا لم يكن في طلب مسكن آخر اما اذا كان وبقي على ذلك اياما فلا يحنث في الصحيح وان لم ينقل الى السكة او المسجد لانه لا يمكنه طرح الامتعة في السكة فيصير ذلك القدر مستثنى للضرورة والله اعلم بالصواب *

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

ذكر الخروج ههنا ظاهر التناسب لان له مناسبة المضادة بالدخول واما الاتيان والركوب فمما يتحقق بعد الخروج فاستصحبهما ذكر الخروج **قوله** ومن حلف لا يخرج من المسجد ظاهر وكذلك الحكم في الدار والبيت وقوله ولو اخرجه مكرها صورته ان يحمله انسان فيخرجه مكرها لانه حينئذ لم يوجد منه الفعل لا حقيقة ولا حكما واما اذا هدده غيره فخرج خوفا من المكره يحنث لوجود الفعل منه ثم هل تنحل اليمين اذا حمل مكرها قيل تنحل كما لو حلف لا يدخل دار فلان فهبت به الريح والقته فيها لم يحنث وتنحل اليمين وقيل لا تنحل وهو الصحيح وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشائخ رحمهم الله فانهم قالوا انه يحنث لما انه لما كان متمكنا

متمكنا من الامتناع فلم يمتنع صار كالآمر بالاخراج وقوله والمضي بعد ذلك ليس بخروج يعني ان الخروج عبارة عن الانتقال من الداخل الى الخارج ولم يوجد وقوله ومن حلف لا يخرج الى مكة ههنا ثلثة الفاظ الخروج والاتيان والذهاب والاول شرط الحنث به الانفصال بمجاوزة عمران مصره قاصدا على ذلك دون الوصول قال الله تعالى وَمَنْ يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِرًا إِلَى اللّٰهِ اراد به الانفصال والثاني شرطه الوصول قال الله تعالى فَأْتِيَا فِرْعَوْنَ فاذا وصل حنث سواء كان قاصدا اولم يكن والثالث اختلف فيه المشائخ قال نصير بن يحيى هو بمنزلة الاتيان لقوله تعالى اِذْهَبَا اِلَى فِرْعَوْنَ والمراد به الاتيان وقال محمد بن سلمة هو بمنزلة الخروج قال الله تعالى اِنَّمَا يُرِيْدُ اللّٰهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ اَهْلَ الْبَيْتِ والاذهاب الازالة فيكون الذهاب زوالا فلا يشترط فيه الوصول قال المصنف رحمه الله وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال * ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهو على استطاعة الصحة دون القدرة اعلم ان الاستطاعة تطلق على معنيين احدهما صحة الاسباب والآلات قال الله تعالى وَلِلّٰهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ اِلَيْهِ سَبِيْلاً وفسره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزاد والراحلة والثاني القدرة الحقيقية وهو نوع على حدة يترتب عليها الفعل عند ارادة جازمة يخلقه الله تعالى عند الفعل لا قبله عندنا قال الله تعالى مَا كَانُوا يَسْتَطِيْعُوْنَ السَّمْعَ اذا عرفت هذا ففيما نحن فيه كلامه ينصرف الى الاول لانه هو المتعارف وان عنى الثاني وقد عبر عنه باستطاعة القضاء صدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى اي اراد حقيقة كلامه وقيل يصدق قضاء ايضا لما بينا لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصح قضاء لانه خلاف الظاهر لما بينا ان الاول هو المتعارف وفيه تخفيف على نفسه ولو حلف لا تخرج امرأته الا باذنه احتاج الى الاذن لكل خرجة حتى لو اذن لها مرة فخرجت ثم خرجت بلا اذن حنث لان المستثنى خروج مقرون بالاذن لان تقديره والله لا تخرجي الا خروجا ملصقا باذني لان الباء للالصاق فيقتضي

ملصقا وملصقا به فيكون ما ورائه اي وراء المستثنى داخلا تحت الحظر العام ولو نوى الاذن مرة صدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر لكونه مخالفا لمقتضى الباء ولو قال الا ان آذن لك كفى اذن واحد لما ذكر في الكتاب واعترض عليه بقوله تعالى لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ إِلَّا أَنْ يُؤْذَنَ لَكُمْ فكان تكرار الاذن لازما واجيب بان ذلك بدليل خارجي وهو قوله تعالى إِنَّ ذٰلِكُمْ كَانَ يُؤْذِي النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم وتمام التقرير فيه ذكرناه في الانوار والتقرير ومعنى قوله لان هذه كلمة غاية يفيد معنى الغاية لان الا ان ليس موضوعا لها بل للاستثناء وتعذر حمله عليه لان صدر الكلام ليس من جنس الاذن حتى يستثنى الاذن منه فيجعل مجازا عن حتى لمناسبة بينهما وهو ان حكم ما قبل الغاية يخالف ما بعدها كما ان حكم ما قبل الاستثناء يخالف حكم ما بعده **قوله** ولو ارادت المرأة الخروج صورة المسئلة ظاهرة وتسمى هذه اليمين يمين فور وهو في الاصل مصدر فارت القدر اذا غلت فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التي لا ريث فيها ولا لبث فقيل جاء فلان وخرج من فوره اي من ساعته وتفرد ابو حنيفة رحمه الله باظهاره اي باستنباطه وكان الناس قبله يعلمون اليمين نوعين مؤبدة وموقتة لفظا ثم استنبط ابو حنيفة رحمه الله هذا النوع الثالث وهو المؤبد لفظا والموقت معنى وقد اخذه من حديث جابر وابنه رضي الله عنهما حين دعيا الى نصرة رجل فحلفا ان لا ينصراه ثم نصراه ولم يحنثا واعتبر في ذلك العرف فان الحالف في العادة يقصد بهذا اللفظ منعها عن الخرجة التي تهيأت لها لا من الخروج على التابيد فاذا عادت فقد تركت تلك الخرجة وانتهت اليمين فلا يحنث بعد ذلك وان خرجت والعرف له اعتبار في باب الايمان فعلى هذا لو اراد الرجل ضرب عبده فقال آخر ان ضربته فعبدي حر يتقيد بتلك الضربة وعلى هذا اذا قال له رجل اجلس فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر وكلامه ظاهر ولو قال ان تغديت اليوم جعل مبتديا لانه زاد على مقدار الجواب ففي تطبيقه على السؤال الغاء الزيادة فان قيل الزيادة لا يضر كونه جوابا للسؤال الا يرى

الايرى الى قوله تعالى هِيَ عَصَايَ اَتَوَكَّوءُ عَلَيْهَا وَاَهُشُّ بِهَا عَلَى غَنَمِي وَلِيَ فِيهَا مَآرِبُ اُخْرَى في جواب قوله وَمَاتِلْكَ بِيَمِينِكَ يَامُوسَى كيف زاد على مقدار الجواب وهوان يقول عصاي ولم يخرجه عن كونه جوابا اجيب بان كلمة ما تستعمل للسؤال عن الذات والسؤال عن الصفات وحيث وقعت في حيز السؤال اشتبه على موسى على نبينا وعليه الصلوة والسلام ان السؤال وقع عن الذات اوالصفة فجمع بينهما ليكون مجيبا على كل حال قال صاحب النهاية الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية وفيه نظر لان اهل البلاغة قالوا ان مايسأل بها عن وصف العقلاء والعصالم تكن عاقلة سلمناه لكن الافعال المستندة الى موسى لاتكون اوصافا ولئن كانت لا تكون اوصافا للعصا فاقول الزيادة على حرف الجواب لايصرفه عن كونه جوابا البتة وانما يجعل كلاما مبتدأ اذا كان ثمه مصرف يمكن حمله عليه اعمالا للزيادة كما في المسئلة وليس في الآية ذلك فلم يصرف عن كونه جوابا يلوح الى هذا قوله فيجعل مبتدأ قوله ومن حلف لا يركب دابة فلان الدابة في اللغة كل مايدب من الحيوان اي يتحرك مشيا على وجه الارض قال الله تعالى وَمَامِنْ دَابَّةٍ فِي الْاَرْضِ اِلَّا عَلَى اللّٰهِ رِزْقُهَا ويتعلق الركوب بها بعين مايركب منها مرادا كالفرس والبغل والحمير والبعير والبقر والجاموس والفيل في القياس واستحسن العلماء في عقد اليمين على مايركب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير آخذا من قوله تعالى وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا ذكر منه الركوب في هذه الانواع الثلثة فامافي الانعام فقد ذكر منفعة الاكل بقوله تعالى وَالْاَنْعَامَ خَلَقَهَا لَكُمْ الآية وبالعرف فانه اذا قيل ركب فلان دابة لم يفهم منه احد انه ركب البقر والفيل وان كان يركب في بلاد الهند الا اذا نوى الجميع فيكون على مانوى لانه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه واذا عرف هذا فمن حلف

لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد ماذون له مديون اوغير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة

رحمه الله هذا اذا لم ينو فاما اذا نوى ركوب دابة العبد فيحنث الا انه اذا كان عليه دين

مستغرق لا يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده اي فيما يملكه العبد المديون عند ابي حنيفة رحمه الله حتى لو اعتق عبد عبده لا يعتق ويلمح مما ذكرنا المستثنى منه في قوله الا انه اذا كان عليه دين وهو المقدار الذي اظهرناه وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا حيث يقال دابة عبد فلان ولم يقل دابة فلان وشرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله لمولاه فتختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال ابو يوسف رحمه الله يحنث فى الوجوه كلها وهي ما اذا لم يكن عليه دين او كان عليه دين غير مستغرق او دين مستغرق اذا نوى ووجه ذلك ان دين العبد وان كان لا يمنع وقوع الملك للمولى عنده الا انه او لا يضاف الى العبد فتختل الاضافة الى المولى فلا يدخل تحت مطلق الاضافة الا بالنية وقال محمد رحمه الله يحنث فى الوجوه كلها وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك للعبد اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما *

باب اليمين فى الاكل والشرب

قد ذكرنا ان اول ما يحتاج اليه الانسان المسكن ثم الاكل والشرب وهذا الباب لبيان اليمين عليهما واعلم ان ما يصل الى جوف الانسان لا يخلو عن اربعة اوجه مأكول ومشروب وممصوص وملعوق فالمأكول ما يتأتى فيه المضغ والهشم لا المص حتى لو ابتلع ما يتأتى فيه المضغ من غير مضغ يسمى اكلا والمشروب ما لا يتاتى فيه ذلك فلو حلف لا يأكل لبنا فشربه لم يحنث ولو حلف لا يشربه فثرد فيه واكل لم يحنث والممصوص وهو ما يحصل بعلاج اللهاة فلو حلف لا يأكل عنبا او رمانا فمضغه ورمى ثفله وابتلع ماءه لم يحنث لا فى الاكل ولا فى الشرب والملعوق هو ما يتناول باللحس بالاصبع والشفاه اذا عرف هذا رجعنا الى ما فى الكتاب فقوله فهو على ثمرها يعني اذا كانت لها ثمرة واما اذا لم تكن

لم تكن فاليمين تقع على ثمنها لانه اضاف اليمين الى ما لايؤكل فينصرف الى
مايخرج منه لان الحقيقة اذا تعذرت يصار الى المجاز ومايخرج منه صالح لكونه مجازا
لانه اي ما لايؤكل سبب له اي لمايخرج منه وذكرالسبب وارادة المسبب مجاز شائع
ولكن يشترط ان لا يتغير بصنعة جديدة لان مايصنع من ذلك الثمر ليس بثمر فلا يحصل
بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وقيد بالمطبوخ وان كان الدبس لا يكون الا مطبوخا
احترازا عما اذا اطلق اسم الدبس على ما يسيل من الرطب كماذكره في بعض المواضع
من الذخيرة وغيره وقوله ومن حلف لاياكل من هذا البسرظاهروكلامه يشير الى قاعدة
هي ان اليمين اذا انعقدت على عين بوصف يدعو ذلك الوصف الى اليمين تتقيد اليمين
ببقاء ذلك الوصف فينزل منزلة الاسم فلذلك لايحنث ومن حلف لاياكل من هذا البسر
والرطب او اللبن فتغير ذلك الوصف بصيرورة البسر رطبا والرطب تمرا واللبن شيرازا وهو
الذي استخرج ماؤه فصاركالفالوذج الحاثرفان قيل فعلى هذا اذا حلف لا يكلم هذا الصبي
او هذا الشاب فكلمه بعد ماشاخ ينبغي ان لا يحنث لان الصبا مظنة للسفه والشباب شعبة من
الجنون فكانا وصفين داعيين الى اليمين وقدزالا عندالشيخوخة فكان الواجب ان
لايحنث اجاب بقوله وهذا بخلاف ما اذا حلف لايكلم هذا الصبي الى آخره ووجهه ان القاعدة
المذكورة تقتضي ذلك لكن الشرع اسقط اعتبارها لانه نهى عن هجران المسلم بمنع
الكلام قال صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا الحديث والمهجور
شرعا كالمهجور عادة فانعقدت اليمين على الذات وهي موجودة حالة الشيخوخة فيحنث
في يمينه واعترض على دليل الكتاب بانا سلمنا ان هجران المسلم حرام لكن الحرام يقع
محلوفا عليه كمالو قال والله ليشربن اليوم خمرا واجيب بان الكلام في ان الحقيقة
يجوز ان يترك بهجران الشرع فيما اذا كان الكلام محتملا للمجاز حملا لامر المسلم على
الصلاح فاما ان اليمين تنعقد على الحرام المحض فلا كلام فيه ومن حلف لاياكل لحم

هذا الحمل ظاهر **قوله** ومن حلف لا يأكل بسرا هذه المسئلة على اربعة اوجه اذا حلف لا يأكل بسرا فاكل بسرا مذنبا بكسر النون وهو ما بدأ الارطاب من قبل ذنبه وهو ما سفل من جانب القمع والعلاقة وتفسيره هو الذي عامته بسر وفيه شيء من الرطب حنث في يمينه في قولهم وكذا اذا حلف لا يأكل رطبا فاكل رطبا مذنبا هو الذي عامته رطب وفيه شيء من البسر حنث في قولهم ولو حلف لا يأكل بسرا فاكل رطبا فيه شيء من البسر حنث في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يحنث ولو حلف لا يأكل رطبا فاكل بسرا فيه شيء من الرطب حنث عنده خلافا لهما على رواية الكتاب وذكر في الايضاح وشرح الجامع الصغير قول محمد رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله في انه يحنث في هاتين الصورتين قال صاحب النهاية والله اعلم بصحته لهما ان الرطب المذنب يسمى رطبا فاذا حلف لا يأكل بسرا فاكل الرطب المذنب فقد اكل الرطب لا البسر فلا يحنث وكذلك بالعكس وصار كما اذا حلف لا يشتري رطبا فاشترى بسرا مذنبا لا يحنث وله ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب فيحنث في الصورتين وان كان احدهما غالبا والآخر مغلوبا الا يرى انه لو ميزه فاكله حنث بالاتفاق فكذا اذا اكله مع غيره واستشكل بما اذا حلف لا يشرب هذا اللبن فصب فيه ماء والماء غالب فشربه لم يحنث وان شرب المحلوف عليه وزيادة واشار المصنف رحمه الله الى الجواب عنه بقوله وكل واحد مقصود في الاكل يعني بخلاف صورة اللبن فان اللبن لما صب فيه الماء شاع وماع في جميع اجزاء اللبن فصار مستهلكا ولهذا لا يرى مكانه فلم يكن كل واحد منهما مقصودا بالشرب **قوله** بخلاف الشراء جواب عن قياسهما صورة النزاع على الشراء وهو ظاهر وقوله ولو حلف لا يشتري رطبا كالبيان للمسئلة المتقدمة وهو ظاهر ومن حلف لا يأكل لحما فاكل السمك لم يحنث والاصل فيه ان اللفظ اذا تناول افرادا وفي بعضها نوع قصور لا يدخل القاصر تحته ولحم السمك فيه قصور لان اللحم من الالتحام

من الالتحام والالتحام بالاشتداد والاشتداد بالدم والدم في السمك ضعيف وقال المصنف رحمه الله لا دم فيه جعله بمنزلة المعدوم لكونه يسكن الماء فكان معنى اللحم قاصرا فيه فلا يدخل تحت اللفظ المطلق وموضعه اصول الفقه وان اكل لحم الخنزير اوالانسان حنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد ينعقد للمنع من الحرام واعترض بان الكفارة فيها معنى العبادة فلا يناط وجوبها بما هو حرام محض واكل لحم الخنزير والانسان حرام محض فكيف تعلق وجوبها به واجيب بان هذه مغالطة لان الكفارة تجب بعد اليمين التي نقضت بالحنث وقد وجدت وكون الحنث بامر مباح اوحرام لا مدخل له في ذلك اشار الى هذا بقوله واليمين تنعقد للمنع عن الحرام وقوله وكذا اذا اكل كبدا ظاهر وقوله ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها والقضم الاكل باطراف الاسنان من باب لبس وانما وضع المسئلة في الحنطة المعينة لانه اذا عقد يمينه على اكل حنطة لا بعينها ينبغي ان يكون الجواب على قول ابي حنيفة رحمه الله كالجواب عندهما قال في النهاية هكذا ذكره شيخ الاسلام في ايمان الاصل وهذه المسئلة على ثلثة اوجه احدها ان ينوي ان لا يأكل حبا كما هي فاكل من خبزها اوسويقها لا يحنث بالاتفاق لانه اراد حقيقة كلامه فتقيد اليمين بها والثاني ان ينوي ان لا يأكل ما يتخذ منها لا يحنث باكل عينها كذلك والثالث ان لا يكون له نية فاكل من خبزها لم يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما والوجه من الجانبين ماذكره في الكتاب ومبناه على ان الحقيقة المستعملة عنده اولى من المجاز المتعارف وعندهما بالعكس وموضعه اصول الفقه ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث بالاتفاق لان عينه غير مأكول فكانت الحقيقة متعذرة فيصار الى المجاز وهو ما يتخذ منه ولو استفه اي اكله من غير مضغ لا يحنث هو الصحيح وانما قال هو الصحيح احترازا عن قول بعض مشائخنا رحمهم الله انه يحنث لانه اكل الدقيق حقيقة والعرف وان اعتبر فالحقيقة لا تسقط به

وهذا لان عين الدقيق مأكول والاصح انه لايحنث لان هذه حقيقة مهجورة ولما انصرفت اليمين الى ما يتخذ منه للعرف سقط اعتبار الحقيقة كما قال لاجنبية ان نكحتك فعبده حر فزنى بها لايحنث لان يمينه لما انصرفت الى العقد لم يتناول حقيقة الوطئ وقوله ولو حلف لا يأكل خبزا على ما ذكره ظاهر وطبرستان هي آمل وولايتها وقيل اصلها تبرستان لان اهلها يحاربون بالتبر وهو الفاس فعربوه الى طبرستان وقوله ومن حلف لا ياكل الشواء ظاهر وقوله وهذا لان التعميم متعذر لان الدواء المسهل مطبوخ ونحن نعلم بيقين انه لم يرد ذلك فينصرف الى خاص وهو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء قالوا قيد بقوله بالماء لان القلية اليابسة لا تسمى مطبوخا فلا يحنث باكلها ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في التنانير يضم بالتنور يعني يدخل فيه من كبس الرجل رأسه في جيب قميصه اذا ادخله فيه ويباع في المصر لان رأس الجراد رأس حقيقة وليس بمراد فيصرف الى المجاز المتعارف وفسره في الجامع الصغير على ما ذكر في الكتاب واعترض على هذا بان لحم الانسان والخنزير لا يباع في الاسواق ومع ذلك يحنث بالاكل اذا حلف لا يأكل لحما واجيب بما حاصله الفرق بان الرأس غير ماكول بجميع اجزائه لان منها العظم فكانت الحقيقة متعذرة فيصار الى المجاز المتعارف وهو ما يكبس في التنانير ويباع في الاسواق واما اللحم فيوكل بجميع اجزائه فكانت الحقيقة ممكنة فلا تترك فيحنث باكل لحم الانسان والخنزير فان قيل الحقيقة وان لم تكن متعذرة فهي مهجورة شرعا والمهجور شرعا كالمهجور عادة وفي المهجور شرعا يصار الى المجاز كما في المهجور عادة قلت المهجور شرعا هو الذي لايكون شيء من افراده معمولا به كالحلف على ترك كلام الصبي وههنا ليس كذلك فان قيل سلمنا ذلك لكن لا يطرد في الشرى فان الرأس يشترى بجميع اجزائه فلم تكن الحقيقة متعذرة اجيب بان الرأس ما لا يجوز اضافة الشراء اليه كرأس النمل والذباب والآدمي فكانت متعذرة ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنبا ورمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند

عندابي حنيفة رحمه الله وقالا يحنث في العنب والرطب والرمان يعني لا في القثاء والخيار
فكانت المسئلة على ثلثة اوجه في وجه يحنث بالاتفاق وهوان تقع يمينه على ثمر كل شجر سوى
العنب والرطب والرمان ويستوي في ذلك الرطب واليابس وفي وجه لا يحنث بالاتفاق
وهوان يأكل الخيار والقثاء لانه يؤكل مع البقول وفي وجه اختلفوا فيه وهوالعنب والرطب
والرمان اذا لم يكن له نية وكلامه ظاهرالاما نذكره فقوله زيادة على المعتاد اي على
الغذاء الاصلي حتى يسمى النارفاكهة والمزاج فاكهة لوجود زيادة التنعم فيها **قوله** والرطب
واليابس فيه سواء يعني ان ماكان فاكهة لا فرق فيه بين رطبه ويابسه ويابس هذه الاشياء
لا يعد فاكهة فيجب ان يكون الرطب كذلك وقوله لانهما من البقول تبعا فان بائع البقول
هوالذي يبيعها لا غير واما اكلا فانهما يوضعان على الموائد حيث يوضع النعناع والبصل
وقوله ان هذه الاشياء مما يتغذى بها يعني العنب والرطب ويتداوى بها يعني الرمان
ولهذا كان اليابس منها من التوابل كيابس الرمان او من الاقوات كيابس العنب
فالتوابل جمع التابل بفتح الباء وكسرها والاصل في هذا ان اللفظ اذا اطلق على افراد
في بعضها دلالة على زيادة معنى ليس في مفهوم اشتقاقه لم يتناوله كما تقدم في صورة
النقصان في اللحم **قوله** ولوحلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهوادام اصطبغ على
بناء المفعول كذا كان مقيدا بخط الثقاة وهوافتعل من الصبغ ويقال اصطبغ بالخل وفي الخل
ولا يقال اصطبغ الخبز بالخل ولوحلف لا يأتدم اي لا يأكل ادا ما فكل شيء اصطبغ به
فهوادام ولا ينعكس فالخل والزيت واللبن والزبد والملح ادام والشواء ليس بادام وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في رواية الاصل وقال محمد رحمه الله
مايؤكل مع الخبز غالبا فهوادام وهذا رواية عن ابي يوسف رحمه الله وحاصل ذلك
على ثلثة اوجه ما يصطبغ به فهوادام بالاتفاق والبطيخ والعنب والتمروا مثالها مما
يؤكل وحده غالبا ليس بادام بالاتفاق وفي اللحم والبيض والجبن اختلاف جعلها محمد

رحمه الله اداما خلافالهما لمحمد رحمه الله ان الادام من المؤادمة وهي الموافقة وكل
مايؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام مايؤكل تبعا
في العرف والعادة والتبعية على نوعين حقيقية وذلك في الاختلاط ليكون قائما به وحكمية
وهي ان لا يؤكل على الانفراد واللحم لا يختلط فلا يكون تبعا حقيقة ويؤكل منفردا فلا يكون
تبعا حكما فلا يكون اداما وقوله وتمام الموافقة بالامتزاج جواب عن قوله لان الادام
من المؤادمة يعني سلمناه ولكن المؤادمة التامة الكاملة في الامتزاج ايضا ولم يوجد
في هذه الاشياء الا ان ينويه لما فيه من التشديد بخلاف الخل وغيره من المائعات فانها
لا تؤكل وحدها بل تشرب والملح لا يؤكل وحده ويذوب فيتبع فكان اداما والعنب
والبطيخ ليس بادام يعني بالاتفاق كما ذكرنا هو الصحيح كذا ذكره شمس الائمة السرخسي
رحمه الله وقال بعض مشائخنا رحمهم الله انه على هذا الاختلاف وقوله واذا حلف لا يتغدى
فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر قال في النهاية هذا توسع في العبارة ومعناه اكل
الغداء والعشاء والسحور على حذف المضاف وذلك لان الغداء اسم لطعام الغداء لا اسم
اكله وقوله ولهذا سمي الظهر احدى صلوتي العشاء في الحديث ذكر في الايضاح في باب
الحلف على الغداء فقال فانه ورد في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم انصرف من
احدى صلاتي العشاء على ركعتين يريد به الراوي الظهر او العصر وقوله يعتبر عادة اهل كل
بلد في حقهم يعني ان كانت خبزا فخبز وان كانت لحما فلحم حتى ان الحضري اذا
حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث والبدوي بخلافه لانه غداء في البادية
وقوله ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع رواه المعلى عن ابي يوسف رحمه الله وهو
صحيح لان من اكل لقمة او لقمتين يصح ان يقول ما تغديت وما تعشيت ومن قال ان
لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء لم يصدق قضاء ولا ديانة
لان النية انما تصح في الملفوظ لانها لتعيين بعض محتملات اللفظ والثوب وما يضاهيه

يضاهيه غير ملفوظ فلاتصح نيته فان قيل هب انه غير ملفوظ تنصيصا اليس انه ثابت مقتضى والمقتضى كالملفوظ اجاب بقوله والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه فان قيل المقتضى امر شرعي وافتقار الاكل الى الطعام ليس كذلك لانه يعرفه من لم يعرف الشرع قلت يجوز ان يكون المصنف رحمه الله اختار ما اختاره بعض المحققين من ان المقتضى هو الذي لا يدل عليه اللفظ ولا يكون منطوقا به لكن يكون من ضرورة اللفظ اعم من ان يكون شرعيا او عقليا فان قيل سلمنا ذلك لكن ما الفرق بين هذا وبين ما اذا قال ان خرجت فعبدي حر ونوى السفر فانه يصدق ديانة مع ان السفر او الخروج غير مذكور لفظا وبينه وبين ما اذا حلف لا يساكن فلانا ونوى ان لا يساكنه في بيت واحد فان النية صحيحة مع ان المسكن غير مذكور لفظا حتى لو سكن معه في الدار لا يحنث اجيب بان الاولى ممنوعة منعها القضاة الاربع ابو هشيم وابو حازم وابو طاهر الدباس والقاضي القمي رحمهم الله ولئن سلمنا فقوله ان خرجت ولا يساكن فعلان يدلان على المصدر لغة وقد وقع الثاني في صريح النفي والاول في معناه فتنا ولا بعمومهما عدة من الخروج والسكنى فجاز تخصيصهما الا انه خلاف الظاهر فلا يدين قضاء ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا اي حتى يضع فاه على دجلة بعينها ويشرب ويقال كرع الرجل في الماء اذا مد عنقه نحوه ليشرب منه ومنه كره عكرمة الكرع في النهر لانه فعل البهيمة تدخل فيها اكارعها والكراع مستدق الساق وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا شرب منها باناء حنث ومبناه على ان الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عنده وعندهما بالعكس اما كون المجاز متعارفا فظاهر فان المفهوم من قولهم اهل فلان يشربون من دجلة انهم يشربون من مائها واما ان الحقيقة مستعملة فلان الناس يكرعون من الانهار والاودية وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء بات في شن والا كرعنا ولهذا اذا كرع

حنث بالاجماع فان قيل لا نسلم ان الحنث في الكرع باعتبار كون الحقيقة مستعملة بل باعتبار العمل بعموم المجاز كما في قوله لايضع قدمه في دار فلان وحينئذ يجب ان يحنث بالشرب بالاناء وغيره لان الحكم في عموم المجاز كذلك فالجواب ان المصير الى عموم المجاز انما يكون عند تعذر الحقيقة او هجرانها وقد دل الدليل على كونها مستعملة فلا مصير اليه وقوله ولو حلف لا يشرب من ماء دجلة ظاهر **قوله** ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث علم عدم الماء في الكوز او لم يعلم فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله حنث في ذلك كله اي فيما كان فيه الماء وفيما لم يكن وما ذكر من الوجه للجانبين فواضح واعترض على وجههما بان البر متصور في صورة الاراقة لان اعادة القطرات المهراقة ممكنة فكان متصورا واجيب بان البر انما يجب في هذه الصورة في آخر جزء من اجزاء اليوم بحيث لا يسع فيه غيره فلا يمكن التحول فيه باعادة الماء في الكوز وشربه في ذلك الزمان وقوله ولو كانت اليمين مطلقة اي عن ذكر اليوم ففي الوجه الاول يعني فيما اذا لم يكن في الكوز ماء لا يحنث عندهما وعنده يحنث في الحال وفي الوجه الثاني وهو ان يكون فيه ماء واهريق لا يحنث في قولهم جميعا فابو يوسف رحمه الله فرق في الوجه الاول وهو الذي لم يكن في الكوز ماء بين المطلق عن ذكر اليوم وبين الموقت به فقال في المطلق انه يحنث في الحال وفي الموقت يتوقف حنثه الى آخر اليوم الى غيبوبة الشمس ووجهه ما ذكر ان التاقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنث قبله وهذا لان اليمين متى عقدت على فعل لا يمتد موقتة بوقت ممتد يتعين الجزء الاخير للانعقاد لان الوقت ظرف له فيلزم في جزء منه ويتعين آخره وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال كذا في بعض الشروح وقال في النهاية فابو يوسف رحمه الله فرق بين المطلق والموقت اي

اي فى مسئلة الوجه الثاني وهو ما اذا كان فى الكوز ماء فاهريق قبل الليل فقال فى المطلق يحنث حال وقت الاراقة من غير توقف الى الليل وفى الموقت لا يحنث فى الحال بل يتوقف حنثه الى آخر اليوم وهما فرقا بين المطلق والموقت يعني في هذا الوجه على ما ذكر فى الكتاب واشار بقوله كما اذا مات الحالف والماء باق الى ان بقاء المحل شرط للبر كبقاء الحالف واشار بقوله كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة الى ان وجود المحل كما هو شرط لانعقاد اليمين كذلك لبقائها وقوله ومن حلف ليصعدن السماء على ما ذكره ظاهر واعترض بان تصور البر لو كان كافيا في خلفية الكفارة لوجبت فى الغموس لان الله تعالى قادر على اعادة الزمان الماضي وقد فعلها لسليمان عليه السلام واجيب بان تصور البر فى الغموس بان يجعل الفعل الذي لم يوجد موجودا منه مستحيل وقوله واذا كان متصورا تنعقد اليمين انما كان كذلك لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وايجاب الله تعالى يعتمد التصور دون القدرة فيما له خلف الا يرى ان الصوم واجب على الشيخ الفاني ولم يكن له قدرة لمكان التصور والخلف فكذلك ههنا حنث عقيب وجوب البر فوجبت الكفارة للعجز الثابت عادة كما وجبت الفدية هناك عقيب وجوب الصوم والله اعلم بالصواب *

باب اليمين فى الكلام

لما ذكر ايمان السكنى والدخول والخروج والاكل والشرب للمعنى الذي ذكرنا شرع في بيان الفعل الجامع الذي يستتبع الابواب المتفرقة وهو الكلام اذ اليمين فى العتق والطلاق والبيع والشراء واليمين فى الحج والصلوة والصوم من انواع الكلام فذكر الجنس مقدم على ذكر النوع ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث نقل صاحب النهاية عن شيخ الاسلام ان التكلم عبارة عن اسماعه كلامه كما في تكلمه نفسه فانه عبارة عن اسماع نفسه الا ان اسماع الغير امر باطن لا يتوقف عليه فاقيم

السبب المودي اليه مقامه وهوان يكون بحيث لواصغى اليه اذنه ولم يكن به مانع من السماع لسمع ودار الحكم معه وسقط اعتبار حقيقة الاسماع وكلامه واضح وقوله لتغافله اي لغفلته وقوله وفي بعض روايات المبسوط يريد ماروي في رواية فناداه وايقظه يحنث في يمينه وهذه الرواية تشير الى اشتراط الايقاظ للحنث وذكر في بعض الروايات فناداه اوايقظه وهذه تدل على انه متى ناداه بحيث لوكان يقظان يسمع صوته حنث وان لم يوقظه وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله والاظهرانه لا يحنث واليه اشار بقوله وعليه مشائخنا رحمهم الله والوجه ماذكره في الكتاب ولوحلف لايكلمه الاباذنه ظاهر وقوله واذنه يتم بالاذن كالرضاء يعني اذا حلف لايكلم الابرضاه فرضي المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف فكلمه لايحنث لماان الرضاء يتم بالراضي فكذلك الاذن يتم بالآذن قلنا الرضاء من اعمال القلب فيتم بالراضي ولاكذلك الاذن على مامرانه امامن الاذان الذي هوالاعلام اومن الوقوع في الاذن وذلك يقتضي السماع ولم يوجد واعترض بانه لوكان كذلك لما صار العبد مأذونا اذا اذن له مولاه وهو لايعلم لكنه يصيرمأذونا فلم يكن الاذن محتاجا الى الوقوع في الاذن اجيب بان الاذن ههنافك الحجر في حق العبد والعبد يتصرف باهليته ومالكيته فيثبت بمجرد الاذن واما في اليمين فلما حرم كلامه باليمين الاعندالاذن صار الاذن مثبتالاباحة الكلام للحالف فلابد من الاعلام لذلك وهومبني على تخصيص العلة وامره واضح عندالاصولي وان حلف لايكلمه شهرا فهومن حين حلف لانه لولم يذكرالشهرلتأبد اليمين لان مايلي اليمين صالح لمحلية البراي جزء كان من اجزاء الليل والنهار واذا كان كذلك وقد وقع النكرة في سياق النفي كان اليمين موبدافذكرالشهرلاخراج ماوراءه عملا بدلالة الحال وهي الغيظ الذي لحقه في الحال بخلاف مااذاقال والله لاصومن شهرا لانه لولم يذكرالشهرلم يتابد اليمين امالانه نكرة في سياق الاثبات واما لان الصوم غيرصالح للتابيد لتخلل الاوقات التي

التي لا تصلح ان يكون محلا للصوم فكان ذكره لتقدير الصوم وانه منكر فاليه تعيينه وقوله وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن واضح وقوله ولو قال يوم اكلم فلانا ههنا ثلث عبارات نهارا كلم فلانا وليلة اكلم فلانا ويوم اكلم فلانا فالاولى لبياض الزمان خاصة فلو كلمه ليلا لم يحنث والثانية لسواده خاصة فلو كلمه نهارا لم يحنث وما جاء استعماله في مطلق الوقت وما جاء في قول الشاعر (شعر) وكنا حسبنا كل سوداء تمرة * ليالي لاقينا الجذام وحميرا * اراد به الوقت فليس مما نحن فيه لان كلامنا فيما ذكر بلفظ المفرد وما في الشعر بلفظ الجمع وذكر احد العددين بعبارة الجمع يقتضي دخول ما بازائه من العدد الآخر وذلك اصل آخر غير ما نحن فيه والثالثة تعتبر بما قرن به ان قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى وَمَنْ يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ والكلام مما لا يمتد وان قرن بما يمتد كالصوم يراد به بياض النهار والبحث فيه وظيفة اصولية وقد قررناه في التقرير فان عنى في قوله يوم اكلم النهار خاصة صدق في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا قال الله تعالى إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ والمراد بياض النهار وقوله لانه غاية اما في كلمة حتى فظاهر واما في الا ان فلما تقدم من مناسبة الاستثناء معنى الغاية وكونه مجازا للغاية وقوله فان مات فلان يعني الذي اسند اليه القدوم او الاذن سقط اليمين لانتفاء تصور البر فان قيل اعادة الحيوة ممكنة فكان الواجب ان لا تبطل اليمين فالجواب ان اليمين انعقدت على القدوم او الاذن في حيوته القائمة لا المعادة بعد موته وهي غير المعادة لا محالة ولهذا قلنا اذا قال لاقتلن فلانا وفلان ميت ولم يعلم الحالف بموته لا ينعقد اليمين لانها وقعت على الحيوة القائمة **قوله** ومن حلف لا يكلم عبد فلان اذا وقعت اليمين على فعل يتعلق بمركب اضافي فاما ان يكون مع الاضافة اشارة اولا وكل منهما اما ان تكون الاضافة فيه اضافة ملك او اضافة نسبة فان لم تكن مع الاضافة اشارة كما اذا حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امرأة فلان او صديق فلان فالمعتبر وجود الملك

عند وجود المحلوف عليه في اضافة الملك بالاتفاق وكذا في اضافة النسبة عند ابي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله يعتبر وجود النسبة وقت الحلف فعلى هذا اذا باع فلان عبده فكلمه لم يحنث بالاتفاق وكذا اذا طلق امرأته اوعادى صديقه عنده وعند محمد رحمه الله يحنث كذا قال في الزيادات وجه قول محمد رحمه الله ان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة والصديق قد يهجران لذاتهما مقصودا لا لاجل المضاف اليه وما كان للتعريف لا يشترط دوامه للاستغناء عنه بعد التعريف فيتعلق الحكم بعينه اي بعين كل واحد منهما كما في الاشارة بان قال لا اكلم صديق فلان هذا او زوجة فلان هذه ووجه ما ذكر ههنا يعني عدم الحنث وهو قول ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية الجامع الصغير فانه ذكر قول محمد رحمه الله في الزيادات وقول ابي حنيفة رحمه الله في الجامع الصغير ولم يذكر لابي يوسف رحمه الله قول وقال فخر الاسلام يحتمل ان يكون قول ابي يوسف رحمه الله مثل قول ابي حنيفة رحمه الله انه يحتمل ان يكون غرضه هجرانه اي كل واحد من المرأة والصديق لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه ويحتمل ان لا يكون فلا يحنث في العبد بعد زوال الاضافة بالشك وان كان مع الاضافة اشارة بان قال عبد فلان هذا اوامرأة فلان هذه اوصديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله حنث في العبد ايضا وهو قول زفر رحمه الله وجه قولهما ان الاضافة للتعريف وتقريره الاضافة للتعريف وما هو للتعريف يلغو عند وجود ما هو ابلغ منه فيه والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف الاضافة لجواز ان يكون لفلان عبيد فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة وصار كالصديق والمرأة ووجه قولهما ان الداعي الى اليمين معنىً في المضاف اليه وتقريره لانسلم ان الاضافة للتعريف بل لبيان ان الداعي الى اليمين معنىً في المضاف اليه لان هذه الاعيان اي الدابة والدار والثوب لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد

العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فيتقيد اليمين بحال قيام الملك لقيام المعنى الداعي اذ ذاك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادي لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين اي لعدم تعيين المضاف اليه للهجران لكون المضاف ايضا صالحا لذلك واذا كانت للتعريف لم يشترط دوامها لما ذكرنا بخلاف ما تقدم يعني اضافة الملك لتعيين المضاف اليه لذلك واعترض بان الدابة والدار والمرأة يجوز ان تهجر لذواتها لشومها كما جاء في الحديث واجيب بان ذلك احتمال لم يقترن به عرف فلا يكون معتبرا وقوله وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان ظاهر وقوله وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين جواب عما يقال لو كانت الصفة في الحاضر لغوا لحنث اذا حلف لا يأكل هذا الرطب فاكله بعد ما صار تمرا وتقريره الصفة في الحاضر لغو اذا لم يكن داعية الى اليمين وهذه كذلك على ما مر من قبل يعني في اول باب اليمين في الاكل والشرب بخلاف الرطب فان صفتها داعية الى اليمين والله اعلم بالصواب *

فصل

لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل من نوع الكلام متعلقا بالازمان سماه فصلا ومن حلف لا يكلم فلانا حينا او زمانا او الحين او الزمان ولا نية له على شيء من الوقت فهذا على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل قال الله تعالى فَسُبْحَانَ اللّٰهِ حِيْنَ تُمْسُوْنَ وَحِيْنَ تُصْبِحُوْنَ والمراد به وقت الصلوة وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى سبحانه هَلْ اَتٰى عَلَى الْاِنْسَانِ حِيْنٌ مِّنَ الدَّهْرِ قال اهل التفسير المراد به اربعون سنة وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تُؤْتِيْ اُكُلَهَا كُلَّ حِيْنٍ اي ستة اشهر فمن وقت الطلع الى وقت الرطب ستة اشهر ومن وقت الرطب الى وقت الطلع ستة اشهر ومعناه انه ينتفع بها في كل

وقت لا ينقطع نفعها البتة وهذا هو الوسط فينصرف اليه اذا لم يكن له نية وقوله وهذا اي الانصراف الى ستة اشهر لان التقصير لا يقصد بالمنع لعدم الحاجة الى اليمين فى الامتناع عن الكلام في ساعة واحدة لانه يوجد فيها عادة بلا يمين والمؤبد لا يقصد غالبا بدلا نه بمنزلة الابد لان من اراد ذلك يقول ابدا فى العرف فلوكان مراده ذلك لم يذكر الحين ولوسكت تأبد اليمين فحيث ذكر لابد له من فائدة سوى المستفاد عند عدم ذكره والا لا يكون لذكره فائدة فتعين الاوسط وقوله وكذا الزمان ظاهر وقوله وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يعني يقع على ستة اشهر المعرف والمنكر سواء وقال ابوحنيفة رحمه الله الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف فى المنكر وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية بشر عن ابي يوسف رحمه الله عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال لا فرق على قول ابي حنيفة رحمه الله بين قوله دهرا وبين قوله الدهر واذا كان الاختلاف فى المنكر فالمعرف يكون متفقا عليه فاما ان يكون لستة اشهر كما قالا واما ان يكون يقع على الابد كما قال بعض اصحابنا رحمهم الله ان الدهر بلام التعريف يقع على الابد بلا خلاف بينهم وهو الذي ذكره المصنف رحمه الله بقوله اما المعرف بالالف واللام فيراد به الابد عرفا ووجه الجانبين فى المنكر ما ذكره فى الكتاب وهو واضح فان قيل ذكر فى الجامع الكبير واجمعوا فيمن قال ان كلمتك دهورا اوازمنة او شهورا اوسنين اوجمعا اوايا ما يقع على ثلثة من هذه المذكورات لانها ادنى الجمع المتفق عليه فكان ابوحنيفة رحمه الله ايضا قائلا في دهور منكرة بثلثة منها فكل دهر ستة اشهر كما في قولهما والحكم فى الجمع موقوف على معرفة الافراد فكيف حكم فى الجمع وتوقف فى المفرد اجيب بان ذلك تفريع لمسئلة الدهر على قول من يدعي معرفة الدهر فكأنه قال من وقف على معنى الدهر فيجب عليه ان يقول فى الجمع المنكر بثلثة كما فى الازمنة والشهور كما فعل مثل ذلك فى المزارعة وبيان اختلاف الاستعمال فيه ان المعرفة تقع على الابد بخلاف الحين والزمان ويقال دهري لمن قال بالدهر وانكر الصانع

الصانع وحكى الله تعالى عنهم بقوله وَمَا يُهْلِكُنَا إِلَّا الدَّهْرُ وقال صلى الله عليه وسلم
لا تسبوا الدهر فان الدهر هو الله فهذا اسم لم يوقف على مراد المتكلم به عند الاطلاق
والتوقف في مثل ذلك لا يكون الامن كمال العلم والورع وقوله ومن حلف لا يكلمه اياما
فهو على ثلثة ايام هو رواية الجامع الكبير وذكر فيه انه بالاتفاق وذكر في كتاب الايمان انه
على عشرة ايام عنده كما في المعرف قال الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي
المذكور في الجامع اصح لانه ذكر الايام بالتنكير فلا دلالة فيه على الجنس والعهد
فيقع على اقل الجمع وهو الثلثة ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا على ايام الاسبوع والاصل ان حرف التعريف اذا دخل في اسم
الجمع ينصرف الى اقصى ما يطلق عليه اسم الجمع عند ابي حنيفة رحمه الله وهو العشرة
لان الناس يقولون في العرف ثلثة ايام واربعة ايام الى عشرة ايام ثم بعد ذلك يقولون
احد عشر يوما ومائة يوم والف يوم فلما كانت العشرة اقصى ما ينتهي اليه لفظ الجمع
كانت هي المرادة بخلاف ما اذا حلف لا يتزوج النساء حيث تقع اليمين على الواحدة
لتعذر صرفه الى اقصى ما ينتهي اليه اسم النساء وعندهما ينظر ان كان ثمه معهود ينصرف
اليه والا ينصرف الى جميع العمر وفي الايام المعهود في عرف الناس ايام الاسبوع
فكانت مرادة وفي الشهور المعهود شهور السنة فكانت مرادة وهي اثنا عشر شهرا
ولا معهود في الجمع والسنين فينصرف يمينه الى جميع العمر وقوله لانه يدور عليها قيل
اي لان الشهور تدور على اثنى عشر وكان القياس ان يقول لانها تدور عليه ولكن
اول بالمذكور في الاول وبالافراد في الثاني وقوله ومن قال لعبده ظاهر وقوله وقيل لو كانت
اليمين بالفارسية يعني مثل يقول (اگر خدمت كني مرار وزهاى بسيار تو آزادي)
اذا خدم سبعة ايام ينبغي ان لا يعتق لان في لساننا يستعمل في جميع الاعداد لفظ (روز)
فلا يجيء ما قال ابو حنيفة رحمه الله في العربية من انتهاء لفظ الجمع الى العشرة فلذلك

اريد فى العربية اكثر مايطلق عليه اسم الايام لان بعد ذلك لايقال ايام بل يقال احد عشريوما ومائة يوم والف يوم وقيل في تعليل المصنف رحمه الله نظر لان لفظ الفرد بالفارسي اما ان يفهم منه معنى الجمع اولا فان فهم ينبغي ان يكون العربي والفارسي سواء وان لم يفهم ينبغي ان لايكون الاسبوع مرادا ايضا ويمكن ان يجاب عنه بانه يفهم منه معنى الجمع وقوله ينبغي ان يكون العربي والفارسي سواء قلنا ممنوع لان لفظ الفارسي وان افاد معنى الجمع لا ينتهي الى العشرة وتخصيص ايام الاسبوع لكونه المعهود اولعدم القائل بالفصل والله اعلم بالصواب *

باب اليمين فى العتق والطلاق

قدم هذا الباب على غيره لان الحلف بهما اكثر وقوعا فكان معرفة احكامه اهم من غيره ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت ولوقال ذلك لامته وعلق به الحرية عتقت لان الشرط ولادة الولد وقد تحققت لان الموجود مولود حقيقة وعرفا وحكما اما حقيقة فظاهر وكذلك عرفا لانه فى العرف يسمى ولدا واما شرعا فلان الشرع اعتبره ولدا حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد واذا تحقق الشرط ثبت الحكم ولوقال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على مابينا لان الموجود مولود الى آخره لكن الميت لمالم يكن محلا للحرية انحلت اليمين لا الى جزاء كما لوقال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت الدار بعدما ابانها وانقضت عدتها تنحل اليمين لا الى جزاء وقوله ولابي حنيفة رحمه الله ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحيوة يعني ان الولد وان كان مطلقا فى اللفظ لكنه مقيد بوصف الحيوة دلالة لانه قصد اثبات الحرية له جزاء والميت ليس بمحل لها فصار كما لوقال اذا ولدت ولدا حيا

حيا ولم يوجد بخلاف جزاء الطلاق وحرية الامة لانه اي الجزاء لا يصلح مقيدا لاستغنائهما عن حيوة الولد فلم يكن الشرط الا ولادة الولد وقد تحققت على ما بينا واستشكل بما لو قال اذا اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبد الغيره انحلت يمينه حتى لو اشترى بعد ذلك عبدا لنفسه لم يعتق مع انه جعل اشتراء العبد شرطا لحريته و عبد الغير ليس محلا للحرية من المشتري لعدم ملكه واجيب بان الاضمار انما يكون لتصحيح الكلام والحاجة الى اضمار الملك لتصحيحه ليست كالحاجة الى اضمار الحيوة لان الحرية بدون الحيوة لا يتصور اصلا وفي ملك الغير يتصور موقوفة على الاجازة ولا يلزم من اضمار وجوب الحيوة اضمار الملك ولو قال اول عبد اشتراه فهو حر على ما ذكره فى الكتاب ظاهر وكذا قوله اول عبد اشتريه وحده وهي من مسائل الجامع الكبير واستشكل بما لو قال اول عبد املكه واحدا فهو حر فاشترى عبدين معا ثم اشترى آخر لا يعتق الثالث مع ان معنى التفرد فيهما على طريقة واحدة وفرق بينهما بان واحدا يقتضي نفي المشاركة فى الذات ووحده يقتضيه فى الفعل المقرون به دون الذات ولهذا صدق الرجل في قوله فى الدار رجل واحد وان كان معه فيها صبي او امرأة وكذب في ذلك اذا قال وحده واذا كان كذلك قلنا اذا قال واحد انه اضاف العتق الى اول عبد مطلق لان قوله واحدا لم يفد امرا زائدا على ما افاده لفظا اول فكان حكمه كحكمه واذا قال وحده فقد اضاف العتق الى اول عبد لا يشاركه غيره فى التملك والثالث بهذه الصفة فيعتق وقوله وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر واضح وقوله يعتبر من جميع المال يعني اذا كان اشتراه فى الصحة وقوله حتى يعتبر من ثلث المال يعني على كل حال لان شرط العتق آخرية العبد المشترى وهي لا تثبت الا بعدم شرى غيره بعده وعدم شرائه غيره يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عنده فيقتصر عليه ولابي حنيفة رحمه الله ان الموت معرف وتقريره انه لما اشترى الثاني بعد الاول ثبت صفة الآخرية فيه لكن كانت بعرضية ان يزول بشراء غيره فلا يحكم بعتقه

مالم يتيقن فاذامات ولم يشترغيره عرفنا تقررصفة الآخرية عليه فيعتق من ذلك الوقت كمالوقال لامته اذاحضت فانت حرة فرأت الدم لايعتق لجواز ان ينقطع الدم فيما دون ثلثة ايام فان استمربها الدم ثلثة ايام عتقت من حين راءت الدم لانه تبين ان مارأته كان حيضا حين رأت الدم الى هذا اشار الامام السرخسي رحمه الله ذكره فى النهاية وفيه تسامح لان ماذكر فى الكتاب من باب الاستناد وما مثل به من باب التبيين يجوز ان يقال الغرض من التمثيل بيان عدم الاقتصار والاستناد والتبيين في ذلك سواء قوله وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث به اي بوصف الآخرية كما اذا قال آخر امرأة اتزوجها فهي طالق ثلثا فتزوج امرأة ثم مات عندهما يقع الطلاق متصورا على الموت حتى تستحق الميراث وعند ابي حنيفة رحمه الله يقع مستندا الى وقت التزوج فلا تستحقه وفائدة التقييد بالثلث جاز ان يكون بيان الطلاق البائن فانه به يكون الزوج فارا فترث المرأة عندهما **قوله** ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة البشارة اسم لخبر غائب عن المخبر علمه وقد يكون بالخير وقد يكون بالشر الا انه فى العرف يستعمل فيما يسر وينفى الحزن ويتحقق من واحد واكثر واذا قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فبشره ثلثة فان اخبروه معا عتقوا لان البشارة حصلت منهم قال الله تعالى وَبَشَّرُوهُ بِغُلَامٍ عَلِيمٍ وان اخبروا متفرقين واحدا بعد واحد عتق الاول لان البشارة حصلت منه ويعضده ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم مر بابن مسعود رضي الله عنهما وهو يقرأ القرآن فقال من احب ان يقرأ القرآن كما انزل فليقرأ بقراءة ابن ام معبد فابتدر اليه ابوبكر وعمر رضي الله عنهما وهو يقرأ القرآن للبشارة فسبق ابوبكر عمر رضي الله عنهما وكان ابن مسعود رضي الله عنه اذا ذكر ذلك يقول بشرني ابوبكر واخبرني عمر وان قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط اي شرط الخروج عن عهدة التكفير قران نية التكفير بعلة العتق وهي اليمين فيما نحن فيه ولم يوجد وانما وجد عند الشرى وهو شرط

شرط العتق لا علته فلا يكون مفيدا حتى لو كانت النية مقارنة لليمين اجزاه عن الكفارة
وان اشترى اباه ينوي به كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله وهو
قول ابي حنيفة رحمه الله الاول ووجه قولهم ان النية تشترط عند العلة والشراء شرط العتق
لا علته وانما العلة هي القرابة فلا يفيد النية عند الشراء وهذا اي كون الشراء شرطا لا علة لان الشراء
اثبات الملك وهو ظاهر والاعتاق ليس اثباتا للملك لانه ازالته فكان بينهما منافاة فلا يكون الشرى
اعتاقا ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم لن يجزي ولد والده
الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ووجه الاستدلال ما ذكره بقوله جعل نفس
الشرى اعتاقا لانه لم يشترط غيره وقوله فصار نظير قوله سقاه فارواه جواب عما
يقال عطف الاعتاق على الشراء بالفاء وهو يقتضي التراخي بزمان في كلام العرب
وان عطف فلا يكون نفسه ووجهه ان الفعل اذا عطف على فعل آخر بالفاء كان الثاني
ثابتا بالاول في كلام العرب يقال ضربه فاوجعه واطعمه فاشبعه وسقاه فارواه اي بذلك
الفعل لا بغيره وفيه بحث وهو ان شرى القريب هل يثبت الملك للمشتري القريب اولا
فان اثبته لا يزيله لان المثبت بعينه لا يكون مزيلا وان لم يثبته لا يعتق عليه لانه لا عتق
فيما لم يملكه ابن آدم لا يقال شرى القريب يثبت الملك لكن ثبوت الملك في القريب
اعتاق لان الاعتاق ازالة الملك وكون ثبوت الشيء ازالة له محال بالبديهة ولا يقال
شرى القريب اعتاق بواسطة موجبه وهو ثبوت الملك لانه اشد استحالة لانه يلزم ان يكون
مثبت الشيء ونفس ثبوته ازالة له والجواب ان قولهم ثبوت الملك في القريب اعتاق
معناه ان الشرع اخرج القريب عن محلية الملك بقاء كما انه اخرج الحر عن محليته
ابتداء وبقاء وهذا لان العتق لا يقع الا في الملك فلو لم يقل ثبوت الملك ابتداء لم يتصور
زواله ومن قال لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني
فانها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا يضاف

الى اليمين من كل وجه والواجب باليمين مايستحق حريته بها من كل وجه ولقائل ان يقول القريب مستحق للعتق بالقرابة كما ان ام الولد مستحقة له بالاستيلاد فما بالها لم تعتق اذا اشتراها بنية الكفارة بعد التعليق كما في عتق القريب والجواب ان الاستيلاد فعل اختياري من جهة المستولد فكانت الحرية من جهتين جهة الاستيلاد والشرى فلم يقع عن الكفارة من كل وجه بخلاف القرابة فانها ليست كذلك فلم يكن من جهة القريب جهة في حريته سوى الشرى فاذا اشتراه ناويا للكفارة كانت الحرية عن الكفارة من كل وجه وقوله بخلاف ما اذا قال لقنة ظاهر **قوله** ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة معنى تسريت اتخذت سرية وهي فعيلة منسوبة الى السر وهو الجماع والاخفاء لان الانسان يسره وانما ضمت نسبته لان الابنية قد تغيرت في النسبة كما قالوا في النسبة الى الدهر دهري بضم الدال للمعمر والتسري عبارة عن التحصين والجماع طلب الولد او لم يطلب عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا بد من طلب الولد مع ذلك حتى لو وطئها وعزل عنها لا يكون تسريا عنده واذا كان كذلك لم يستلزم ملك الرقبة وانما يستلزم ملك المتعة سواء كان بالنكاح او بملك الرقبة فاذا قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وكل ما انعقد في حقه اليمين اذا وجد الشرط فيه يترتب عليه الجزاء وقوله وهذا لان الجارية توضيح لانعقاد اليمين في حقها وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق خلافا لزفر رحمه الله فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك فصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا فان قيل هذا قول بالاقتضاء وزفر رحمه الله لا يقول بالاقتضاء اجيب بان اثبات الملك هنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضاء والفرق بينهما ان الثابت دلالة ما يكون مفهوما من اللفظ بلا تأمل واجتهاد كما كان النهي عن الضرب والشتم وسائر الافعال الموذية مفهوما من النهي عن التافيف ولا

ولا كذلك المقتضى لان المقتضى لا يفهم من ذكر المقتضي ثم اذا قيل فيما نحن فيه
عند فلان سرية يراد بها جارية مملوكة من غير تأمل فلما كان الملك مفهوما من التسري
بلا تأمل واجتهاد كان الملك ثابتا بطريق الدلالة لا بالاقتضاء هكذا ذكره صاحب النهاية
وبقية الشارحين رحمهم الله وفيه نظر لان الثابت بالدلالة هو ما يكون بطريق الحاق صورة
باخرى باءرجامع كالضرب الملحق بالتافيف بواسطة الاذى ولهذا ذهب بعض
اصحابنا واصحاب الشافعي رحمهم الله ان الدلالة قياس بوجود اصل وفرع وعلة جامعة
بينهما والملك من التسري ليس كذلك واقول هذا اللفظ يستعمل في العرف بمعنى
ان وطئت مملوكة لي فكانت الدلالة بطريق العبارة مجازا ونقول هذا الحكم اذا ثبت
عن زفر رحمه الله ولم يقل بالاقتضاء كان متناقضا فكفينا مؤنة الجدال معه ولنا ان الملك
يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وتقريره سلمنا ان ذكره ذكر الملك ولكن بطريق الاقتضاء
ضرورة صحته لكونه التسري شرطو ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها ولا يظهر في حق صحة
الجزاء وهو الحرية لانها ليست من لوازم الملك الثابت اقتضاء وقوله وفي مسئلة الطلاق
جواب عن قوله كما اذا قال لاجنبية وتقريره ما ذكرت من المسئلة المذكورة فالامر
فيه كذلك لانه ثبت فيها ملك النكاح ضرورة صحة الشرط الذي هو الطلاق ولا يتعدى
الى صحة الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلثا فتزوجها وطلقها لا تطلق
ثلثا فهذه وزان مسئلتنا من حيث ان في كل منهما ثبت شرط الشرط لصحة الشرط
ولا يتعدى الى صحة الجزاء واما وزان مسئلة زفر رحمه الله فهو ان يقول ان تسريت
جارية فعبدي حر فاشترى جارية فتسرى بها عتق العبد لقيام الملك في الحال في العبد
فيصح تعليق عتقه بشرط سيوجد ومن قال كل مملوك لي حر عتقت امهات اولاده
ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلآء يعني ان كل واحد من هؤلآء في الاضافة
الى نفسه بقوله لي كامل اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا واذا كان كذلك دخلوا تحت

كلهم فيعتقون وان قال اردت الرجال خاصة صدق ديانة خاصة اما تصديقه ديانة فلان لفظ المملوك وضع للمذكر واما عدم تصديقه قضاء فلانهم عند الاختلاط يستعمل فيهم لفظ المذكر عرفا ولو نوى الاناث لغت نيته ولو قال لم انو المدبرين لم يصدق في القضاء على رواية كتاب العتاق ولم يصدق لا قضاء ولا ديانة على رواية كتاب الايمان ففيه روايتان ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطئ المكاتبة فكانت المكاتبة مملوكا من وجه دون وجه بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد من النية وقوله ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله فيختص بمحله اي بمحل الحكم وهو المطلقة لان الكلام سبق لايقاع الطلاق واعترض بان العطف كما يصح على من وقع عليه الحكم منفردا يصح ايضا على من لم يقع عليه الحكم والاصل عدم الحكم فيعطف على من لم يقع عليه الحكم في قوله والله لا اكلم فلانا او فلانا وفلانا فانه ان كلم الاول حنث وان كلم احد الآخرين لا يحنث حتى يكلمهما فيكون الثالث معطوفا على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم منفردا وهذا لان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كأنه قال هذه طالق او هاتان فحينئذ كان هو مخيرا في الطلاق والعتاق ان شاء اوقع على الاول وان شاء اوقع على الآخرين واجيب بان هذا الذي ذكرته هو رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله واما الذي ذكره في الكتاب فهو ظاهر الرواية والفرق بين جواب هذه الرواية في الطلاق والعتاق وبين قوله والله لا اكلم فلانا او فلانا وفلانا ان الثالث معطوف على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم وهو مسئلة الجامع هو ان كلمة او اذا دخلت بين شيئين يتناول احدهما نكرة الا ان في الطلاق والعتاق الموضع موضع الاثبات والنكرة في موضع الاثبات تخص فيتناول احدهما فاذا عطف الثالث على احدهما صار كأنه قال احداكما طالق وهذه ولو نص على هذا كان الحكم ما قلنا اما في مسئلة الجامع

الجامع فالموضع موضع النفي وهي فيه تعم كما في قوله تعالى وَلَا تُطِعْ مِنْهُمْ آثِمًا أَوْ كَفُورًا فصار كأنه قال والله لا اكلم فلانا ولا فلانا فلما ذكر الثالث بحرف الواو صار كأنه قال ولا هذين ولو نص على هذا كان الحكم هكذا فكذا ههنا والله اعلم بالصواب *

باب اليمين فى البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

يريد بغير ذلك الطلاق والعتاق والضرب وهذه التصرفات فى الايمان كثيرة الوقوع بالنسبة الى ما بعدها فلذلك قدمه قال فى النهاية ثم الضابطة في هذه التصرفات لاصحابنا رحمهم الله فيما يحنث بفعل المأمور وفيما لا يحنث شيئان احدهما ان كل فعل ترجع الحقوق فيه الى المباشر فالحالف لا يحنث بمباشرة المأمور وكل فعل ترجع فيه الحقوق الى من وقع حكم الفعل له يحنث والثاني ان كل فعل يحتمل حكمه الانتقال الى غيره فالحالف فيه لا يحنث بمباشرة المأمور وكل فعل لا يحتمل ذلك يحنث وقيل كلما يستغنى المامور في مباشرته عن اضافته الى الآمر فالآمر لا يحنث بمباشرة المأمور وان كان لا يستغني عن هذه الاضافة يحنث والفقه في ذلك ان العقد متى رجعت حقوقه الى من وقع حكم العقد له فمقصود الحالف من الحلف التوقي عن حكم العقد وعن حقوقه وكلاهما يرجعان اليه ومتى رجعت حقوقه الى العاقد لا الى من وقع حكم العقد له فمقصوده من الحلف التوقي من رجوع الحقوق اليه وهي لا ترجع اليه فلا يحنث ثم مما يحنث الحالف بمباشرة المأمور النكاح والصلح عن دم العمد والطلاق والعتاق والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والايداع وقبول الوديعة والاعارة والاستعارة وخياطة الثوب والبناء فان الحالف كما يحنث فيها بفعل نفسه يحنث ايضا بفعل المأمور وا ما مالا يحنث الحالف بمباشرة المأمور فهو البيع والشراء والاجارة والاستيجار والصلح عن المال وكذلك القسمة

ومن المشائخ من الحق الخصومة بهذا القسم واذا عرف هذا ظهر معنى كلامه الا الفاظ نبه عليها قوله الا ان ينوي استثناء متصل بقوله فوكل من فعل ذلك لم يحنث اي الا ان ينوي ان لا يأمر غيره ايضا فحينئذ يحنث وقوله اويكون الحالف ذا سلطان يعني اذا باشره المأمور حنث لان مقصوده من اليمين منع نفسه عما يعتاده ومعتاده الامر بالغير فلما امر غيره وفعل المأمور حنث ومع ذلك لوفعله بنفسه حنث ايضا لوجود البيع منه حقيقة وقوله لان المالك له ولاية ضرب عبده يلوح الى انه لوحلف على ضرب حر فامر غيره بذلك فضربه المأمور لم يحنث لانه لا ولاية له عليه فلا يعتبر امره فيه وقوله ووجه الفرق هو الفرق الموعود بقوله سنشير وحاصله انه اذا نوى الخصوص فى العموم يصدق ديانة لا قضاء لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه واذا نوى الحقيقة المستعملة صدق قضاء وديانة وان كان في ذلك تخفيف عليه لان الكلام يصرف الى حقيقته بغير نية واذا وجدت النية كان الصرف اليها اولى وقوله لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه اي الى الولد وذكر ضمير المنفعة نظرا الى الخبر وهو التادب والتشفق وقوله ومن قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب على ما ذكره فى الكتاب واضح وحاصل ذلك ان لام الاختصاص اذا اتصل بضمير عقيب فعل متعد فاما ان يتوسط بين الفعل ومفعوله اويتأخر عن المفعول وعلى التقديرين فاما ان يحتمل الفعل النيابة اولا فان احتملها وتوسط بينهما كان اللام لاختصاص الفعل وشرط حنثه وقوع الفعل لاجل من له الضمير سواء كانت العين مملوكة له اولم تكن وذلك انما يكون بالامر وان اخرعن المفعول كان لاختصاص العين به وشرطه كونها مملوكة له سواء كان الفعل وقع لاجله اولم يقع وان لم يحتملها لا يفترق الحكم فى الوجهين اي فى التوسط والتأخر بل يحنث اذا فعله سواء كان بامره او بغير امره لان الفعل اذا لم يحتمل النيابة لم يكن انتقاله الى غير الفاعل فيكون الامر وعدمه سواء فتعين ان يكون اللام لاختصاص العين صونا للكلام عن الالغاء ومعنى دس اخفى والمراد بالغلام اما العبد كما

كما ذكره في الجامع الصغير لقاضيخان رحمه الله واما الولد كما ذكره في الفوائد الظهيرية وهذا هو الصواب لان ضرب العبد يحتمل النيابة ولهذا لوحلف لا يضرب عبده فامر غيره بضربه حنث لان المنفعة تعود اليه وقد ذكره المصنف رحمه الله قبيل هذا ومن الشارحين من وجه الاول بان المراد بالوكالة والنيابة وكالة يتعلق بها حقوق يرجع بها الوكيل بما يلحقه من العهدة على الموكل وليس للضرب شيء من ذلك فكان كالاكل والشرب واجاب عن المسئلة المذكورة بان محمدا رحمه الله لم يذكرها وهو مخالف لما ذكره المصنف رحمه الله تخطئة له فانه ذكر انه لا حقوق ترجع الى المأمور ومع ذلك جعله مما يحتمل النيابة **قوله** ومن قال هذا العبد حران بعته ومن قال هذا العبد حران بعته فباعه وشرط الخيار لنفسه عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم لان خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه بالاتفاق فينزل الجزاء قيل لوكان البيع من غيرا فادة الحكم كافيا لوقوع ما علق به لكان النكاح كذلك فاذا علق العتق بالنكاح ووجد النكاح فاسدا وجب ان ينزل الجزاء وليس كذلك واجيب بان جواز البيع ليس مع المنافي وجواز النكاح مع المنافي لانه رق والانسانية تنافيه فاذا كان النكاح فاسدا اعتضد فساده بما يخالف الدليل فترجح جانب العدم فصار كأن لم يكن بخلاف البيع لانه موافق للدليل فكان موجودا بالايجاب والقبول في المحل وان لم يفد الحكم ولوقال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه وشرط الخيار لنفسه عتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على اصلهما ظاهر لان خيار المشتري لا يمنع ثبوت الملك له عندهما وكذا على اصله لان هذا العتق معلق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولونجز العتق بعد الشراء بخيار الشرط ينفسخ الخيار وثبت الملك ووقع العتق فكذلك اذا علق ورد بان في التنجيز لولم ينفسخ الخيار لبطل التنجيز اصلا لعدم احتماله التاخير وفي التعليق لولم ينفسخ لم يبطل لثبوت العتق بعد مضي مدة الخيار فلا يلزم من صحة التنجيز بفسخ الخيار صحة حكم التعليق به

فى الحال واجيب بان العتق يحتاط في تعجيله وهو ممكن بايقاعه فى الحال بفسخ الخيار فلا يؤخر الى مضي مدة الخيار وطولب ههنا فرقان فرق بين ما نحن فيه من المسئلة وبينها والخيار للبائع فانه اشتراه ولم يعتق عليه وفرق بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما اذا اشترى الرجل قريبه بشرط الخيار له فانه لا يعتق ما لم يسقط الخيار عند ابي حنيفة رحمه الله وفرق بين الاولين بان الخيار اذا كان للمشتري يتمكن من اسقاطه ومتى كان الخيار للبائع لا يتمكن من اسقاطه وبين الثانيين بان شرى القريب لم يوجد فيه كلمة الاعتاق بعد الشرى حتى يسقط بها الخيار فلا يعتق عليه ما لم يسقط واما فى الايجاب المعلق فانه يصير قائلا عند وجود الشرط انت حر فيسقط الخيار ضرورة لوجود ما يختص بالملك ووضع المسئلة فى البيع بشرط الخيار يفيد ان البيع اذا كان باتا لا يعتق وان وجد البيع بناء على ان العلة مع المعلول فى الوجود الخارجي فكما تم البيع زال العبد عن ملكه والجزاء لا ينزل في غير الملك بخلاف ما فيه الشرط فانهما يتعاقبان فيه ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق او دبر طلقت امراته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع وهذا في اعتاق العبد ظاهر واما فى التدبير والامة فلا بد من بيان لان المدبر يجوز بيعه اذا قضى القاضي بجواز بيعه والامة يجوز ان ترتد فتسبىء بعد اللحاق بدار الحرب وذلك لان الكلام فى المدبر ما دام مدبرا واذا قضى القاضي بجواز بيعه يفسخ التدبير ويكون البيع حينئذ بيع القن لا بيع المدبر وفوات المحلية انما كان باعتبار بقاء التدبير وهكذا كما ترى غير مخلص لانه يفيد ان فوات المحلية ببقاء التدبير والتدبير قد يزول فلا يفوت المحلية فكان الواجب ان لا يقع الطلاق والاولى فى البيان ان يقال بيع المدبر لا يجوز فالظاهر ان المسلم لا يقدم عليه فان اقدم فالظاهر ان القاضي لا يقدم على القضاء بما لا يجوز ومع ذلك فالاصل عدم ما يحدث فكان عدم فوات المحلية بناء على جواز القضاء ببيعه مخالفا للظاهر من كل وجه فلا يكون معتبرا واما الامة فان من مشائخنا رحمهم الله من قال

من قال لا تطلق امرأته فی التعليق بعد م بيعها باعتبار هذا الاحتمال والصحيح انها تطلق لانه انما عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملک وقد انتهی ذلک الملک بالاعتاق والتدبير وقوله ولو قالت المرأة لزوجها ظاهر وقوله لانه زاد على حرف الجواب اي اصله لانه لواراد الجواب المطابق لقال ان فعلت فهي طالق فلما ذكر كلمة كل دل على ان مراده العموم فيعمل بعموم اللفظ دون خصوص السبب فكان مبتديا وقوله وقد يكون غرضه ايحاشها جواب عن قوله بان الغرض ارضاؤها والله اعلم بالصواب *

باب اليمين فی الحج والصلوة والصوم

قدم هذا الباب على باب اللبس وغيره لان في هذا ذكر العبادات وذكرها مقدم على غيرها وانما تأخر عما تقدم لكثرة وقوع ذلک ومسائل هذا الفصل على ثلثة اوجه في وجه يلزمه اما حجة او عمرة في قولهم جميعا وفي وجه لايلزمه شيء كذلک وفي وجه اختلفوا فيه اما الوجه الاول ففيما اذا قال علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة او الى مكة وفي رواية النوادر الى مكة سواء كان فی الكعبة او في مكة اولم يكن لزمه حجة او عمرة ماشيا فان لم يكن بمكة فظاهر وان كان بها واختار الحج يحرم من الحرم ويخرج الى عرفات ماشيا فان ركب لزمه شاة وان اختار العمرة خرج الى التنعيم ويحرم بالعمرة ولم يذكر محمد رحمه الله انه يخرج الى التنعيم ماشيا او راكبا وقد اختلف المشائخ فيه قال بعضهم جازله ان يركب وقت الرواح الى التنعيم لان الرواح اليه ليس بمشي الى بيت الله تعالى وانما المشي اليه وقت الرجوع وقال بعضهم يمشي وقت الرواح ايضا لان الرواح اليه للاحرام فكان مشيا الى بيت الله تعالى وفی القياس ان لا يلزمه بهذا النذر شيء لانه التزم ماليس بقربة واجبة لان المشي امر مباح ولا مقصودة فی الاصل يعني لذاته لان المقصود منه شيء آخر لا نفسه فكان القياس ان يكون النذر به باطلا لكن تركناه بالاثر والعرف اما الاثر فما قال محمد رحمه الله

في الاصل بلغنا عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه قال من جعل على نفسه الحج ماشيا حج وركب وذبح شاة لركوبها كذا في بعض الشروح وليس بمطابق لما نحن فيه لجواز ان يكون فيمن جعل على نفسه الحج ماشيا بغير هذا اللفظ وليس الكلام فيه وقال آخرون روي عن علي رضي الله عنه انه اجاب في هذه المسئلة بان عليه حجة او عمرة وهذا مطابق وقد روى شيخي رحمه الله في شرحه ان اخت عقبة بن عامر رضي الله عنهما نذرت ان تمشي الى بيت الله فامرها النبي صلى الله عليه وسلم ان تحرم بحجة او عمرة فاما العرف فما ذكره في الكتاب ان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان ركب واراق دما فله ذلك على ما ذكرناه في المناسك وايجاب الحج او العمرة بهذا النذر بطريق المجاز من باب ذكر السبب وارادة المسبب ولهذا لم يفرق بين ان يكون الناذر في الكعبة او في غيرها فان قيل فاذا كان هذا اللفظ استعارة لالتزام الحج كان اللفظ غير منظور اليه كما اذا نذر ان يضرب بثوبه حطيم الكعبة فحينئذ ينبغي ان لا يلزمه المشي في طريق الحج كما لا يلزمه هناك ضرب الحطيم بثوبه وانما يجب اهداء الثوب الى مكة لكون اللفظ عبارة عنه اجيب بان للحج ماشيا فضيلة ليست له راكبا قال صلى الله عليه وسلم من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال واحدة بسبعمائة فاعتبر لفظه لايجاب المشي لاحراز تلك الفضيلة ومعناه في ايجاب الحج او العمرة لاجماعهم على ذلك المتعارف وفيه نظر لانه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز والاولى ان يقال هذه اللفظة في العرف تستعمل للحج او العمرة ماشيا لان الحقيقة مرادة بلفظه ومجازه بمعناه واما الوجه الثاني ففيما اذا قال علي الخروج او الذهاب او السعي او السفر او الركوب او الاتيان الى بيت الله تعالى او المشي الى الصفا والمروة لم يلزمه شيء لعدم الاثر والعرف فيه فكان باقيا على القياس واما الوجه الثالث ففيما اذا قال علي المشي الى الحرم او الى المسجد الحرام قال ابو حنيفة رحمه الله لا شيء عليه كما

كما لو قال علي المشي الى الصفا والمروة وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله لزمته حجة او عمرة لان الحرم شامل للبيت وكذلك المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف حتى يصير مجازا ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا ومن قال عبيدي حران لم احج العام ظاهر وقوله ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا ونوقض بمسئلة السير الكبير رجلان شهدا على رجل انا سمعناه يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى فبانت منه امرأته والرجل يقول وصلت بقولي قول النصارى جازت هذه الشهادة وان قامت على النفي لانها قامت على نفي شيء احاط علم الشاهد به واجاب الامام قاضيخان رحمه الله ان هذه الشهادة شهادة قامت على امر وجودي وهو سكوت الزوج عقيب قوله المسيح ابن الله ولكن قال الامامان العالمان في التحقيق شمس الائمة وفخر الاسلام رحمهما الله اذا قال الشاهد ان الزوج لم يقل هذه الزيادة قبلت الشهادة لان قولهما هذا بيان منهما الاحاطة علمهما بذلك فكان التمييز بين نفي ونفي معتبرا ولكنه ليس مختار المصنف رحمه الله لافضائه الى الحرج وقوله ومن حلف لا يصوم ظاهر وقوله لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا اورد عليه ما لو قال والله لا صومن هذا اليوم وكان ذلك بعد ما اكل او شرب او بعد الزوال صح يمينه بالاتفاق والصوم مقرون باليوم ومع ذلك لم يرد به الصوم الشرعي فان الصوم الشرعي بعد الاكل والشرب او بعد الزوال غير متصور والجواب ان الدلالة قامت على ان المراد به ليس الصوم الشرعي وهو كون اليمين بعد الاكل او بعد الزوال فانصرف الى الصوم اللغوي وانعقدت يمينه عليه بخلاف ما نحن فيه فانه ليس فيه ما يمنعه عن الصوم الشرعي فيصرف اليه وقوله ولو حلف لا يصلي ظاهر وقوله لا يحنث ما لم يصل ركعتين قيل عليه ينبغي ان لا يحنث بمجرد الاتيان بالركعتين ما لم يأت بالقعدة لان الصلوة لم تكن معتبرة بدون القعدة شرعا وليس بشيء لان الركعتين عبارة

عن صلوٰة تامة وتمامها شرعا انما يكون بالقعدة اشار الى ذلک تعليله بقوله لانه يراد به الصلوٰة المعتبرة شرعا والله اعلم بالصواب *

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

قدم يمين لبس الثياب وغيره على اليمين في الضرب والقتل اما لان يمين لبس الثياب اكثر وجودا منه واما لان اليمين به مشروع وجودا وعدما بخلاف الضرب والقتل ومن قال لامرأته ان لبست من غزلک فهو هدي اي صدقة اتصدق به على فقراء مكة وكلامه واضح وقوله والمعتاد هو المراد يعني فصار كأنه قال من قطني او من قطن سامكه وذلک سبب اي الغزل من قطن الزوج سبب لملک الزوج لما غزلته وقوله ولهذا ايضاح لقوله وذلک سبب لملكه يعني انها اذا غزلت من قطن مملوک للزوج وقت الحلف كان ذلک سببا لان يملک الزوج غزلها مع ان القطن ليس بمذكور هناک وما ذاک الا باعتبار ان غزل المرأة سبب لملک الزوج لما غزلته في العرف والعرف لا يفرق بين ان يكون القطن مملوكا وقت الحلف اولم يكن وقوله ومن حلف لا يلبس حليا بفتح الحاء وسكون اللام وهو ما تتحلى به النساء من ذهب او فضة او جوهر واستدل باباحة استعماله للرجال على ان الخاتم من فضة ليس بحلي لانه لو كان حليا لحرم على الرجال لان التزيين بالذهب والفضة حرام على الرجال ولما جاز التختم بالفضة لهم لقصد الختم له اولغيره لم يكن حليا او كان ناقصا في كونه حليا فكان مباحا وان كان من ذهب حنث يعني كيف ما كان يعني سواء كان فيه فص اولم يكن قيل الخواتم ثلثة الذهب مطلقا والفضة المفصوصة والحالف ان لا يلبس حليا يحنث بلبسهما والفضة الغير المفصوصة لا يحنث بلبسه وقوله ولو لبس عقد لؤلؤ ظاهر والعقد بالكسر وهو القلادة والترصيع التركيب يقال

يقال تاج مرصع بالجواهر وقوله حتى سمي به فى القرآن اي بالحلي يريد به قوله تعالى وَتَسْتَخْرِجُونَ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا وقوله تعالى يُحَلَّوْنَ فِيهَا مِنْ أَسَاوِرَ مِنْ ذَهَبٍ وَلُؤْلُؤًا جعل اللؤلؤ حليا بجعله تفسيرا لقوله يحلون وقوله من حلف لا ينام على فراش يريد به على فراش بعينه بدليل قوله وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث فانه لو كان على حقيقته منكرا يحنث في هذه الصورة ايضا لانه نام على فراش وقوله لانه تبع له فلا يعتبر حائلا يشير الى انه لو نزع ثيابه وطرحه على الارض وجلس عليه لم يحنث لانه حينئذ لم يبق ثوبه تبعا له فصار بمنزلة البساط والحصير وقوله ولو حلف لا يجلس على سرير ظاهر والله اعلم بالصواب *

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

يريد بالغير الغسل والكسوة وقد تقدم وجه ذكر المناسبة فى الباب المتقدم ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فمات فضربه فهو على الحيوة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن وهو لا يتحقق فى الميت لانتفاء الايلام فيه ونوقض بقوله تعالى وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنَثْ فقد برا ايوب عليه السلام في يمينه بالضرب بهذا الذي ذكر ولم يوجد الايلام لما ان الضغث عبارة عن الحزمة الصغيرة من ريحان او حشيش فلم يكن بمجموعه ايلام فكيف لاجزائه واجيب بانه جاز ان يكون هذا حكما ثابتا بالنص في حق ايوب عليه السلام خاصة اكراما له في حق امرأته تخفيفا عليها لعدم جنايتها على خلاف القياس فلا يلحق غيره به هذا اذا لم يكن لاجزاء الضغث ايلام على ما ذكر في تفسير الضغث وروي عن ابن عباس رضي الله عنه ان الضغث عبارة عن قبضة من الشجر فجاز ان يصيبها الم اجزائها فكان حكمه باقيا في شريعتنا ايضا وتمام الكلام فيه فى الكشاف وذكر في شرح الطحاوي رحمه الله ومن حلف ليضربن فلانا مائة سوط فضربه بها ضربة واحدة ان وصل اليه

كل سوط بحياله بر في يمينه والايلام شرط فيه لان المقصود من الضرب الايلام وقوله ومن يعذب فى القبر جواب عما يقال في قولكم الايلام لايتحقق فى الميت يشكل بعذاب الميت فى القبر وقيد بقوله العامة احترازا عن قول ابى الحسين الصالحي رحمه الله فان الميت عنده يعذب من غير حيوة ولايشترط الحيوة لتعذيب الميت وقوله وكذلك الكسوة يعني وان قال ان كسوتك فعبدي حر فكساه بعد الموت لايحنث وقوله لانه يراد به اي بالكسوة على تاويل الاكساء التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة فى الكفارة وهو من الميت لايتحقق الا ان ينوي به اي بالكسوة الستر فحينئذ يحنث لان فيه تشديدا عليه وقوله وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس دون التمليك وهو قول الفقيه ابو الليث رحمه الله ومعناه انه يحنث لانه اذا حلف لا يلبس فلانا فالبسه وهو ميت حنث لان الالباس عبارة عن الستر والتغطية والميت محل لذلك وقوله وكذا الكلام والدخول يعني اذا حلف لايكلم فلانا اوحلف لا يدخل على فلان فكلمه اودخل عليه بعد ما مات لايحنث في يمينه لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد بالدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو فان قيل قد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كلم اصحاب القليب حيث سماهم باسمائهم فقال هَلْ وَجَدْتُمْ مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا فقد وجدت ما وعدني ربي حقًّا اجيب بان ذلك كان معجزة له صلى الله عليه وسلم وقوله يتحقق ذلك يعني التطهير فى الميت الايرى ان من صلى وهو يحمل ميتا مسلما لم يغسل لا تجوز صلوته وان كان مغسولا جازت ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث لانه اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن وقد تحقق الايلام في هذه الافعال وقيل لايحنث في حال الملاعبة وان اوجعها وآلمها لانه يسمى فى العرف ممازحة لا ضربا وهو منقول عن الامام فخر الاسلام وقوله ومن قال ان لم اقتل فلانا ظاهر وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر في شرح الطحاوي رحمه الله فقال فيه ولو كان يعلم ان الكوز لا ماء فيه فحلف وقال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق حنث بالاتفاق وروي عن ابي حنيفة رحمه الله

رحمه الله في رواية اخرى انه لا يحنث علم او لم يعلم وهو قول زفر رحمه الله وهو الصحيح لانه عقد اليمين على شرب الماء الموجود الذي في الكوز وان احدث في الكوز ماء فليس هو الماء الذي كان موجودا في الكوز وقت اليمين لان الماء الذي اضيف اليه الشرب لا يحتمل الوجود اذ الحادث غيره بخلاف مسئلة القتل اذا كان يعلم بموت فلان لانه عقد يمينه على فعل القتل في فلان فاذا احياه الله تعالى وهو فلان لقوله تعالى فَأَمَاتَهُ اللّٰهُ مِائَةَ عَامٍ ثُمَّ بَعَثَهُ فكان ما عقد عليه اليمين متوهما والعادي منسوب الى العادة كالارادي منسوب الى الارادة فان تاء التانيث تحذف في النسبة والله اعلم بالصواب *

باب اليمين في تقاضي الدراهم

لما كانت الدراهم من الوسائل دون المقاصد في المعاملات وغيرها اخر اليمين التي تتعلق بها وخص الدراهم بالذكر لكونها اكثر استعمالا ولقب الباب بالتقاضي والمسائل المذكورة فيه بلفظ القضاء والقبض والعدد لان التقاضي سبب للقضاء والقبض فلقب بما هو سبب لما هو المذكور فيه وهذا ما قاله الشارحون واقول جميع ما ذكره في الكتاب من المسائل مبناه على التقاضي على ما صرح بذكره عند رأس كل مسئلة والاصل في هذا الباب ان الديون تقضى بامثالها وان العيب لا يعدم الجنس وان مادون الشهر قريب وما فوقه بعيد **قوله** ومن حلف ليقضين دينه تقاضى الرجل دينه الخ فحلف غريمه ليقضين دينه الى قريب فهو مادون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر لما ذكره في الكتاب وجعل الشهر ايضا بعيدا لانه في العرف يعد بعيدا وان زاد في التقاضي فحلف ليقضين دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة بر في يمينه لما ذكره في الكتاب والزيف ما يرده بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار وسيأتي في كتاب البيوع وقوله فوجد شرط بره يعني قضاء دينه في اليوم وقبض المستحقة صحيح

الا يرى انه لو اشترى بها شيئا فاخذها المستحق بقي البيع صحيحا ولو لم يصح قبض المستحقة لبطل البيع لكونه بلا ثمن ولا يرتفع برده اي برد ما قبض من الزيوف والنبهرجة والمستحقة البر المتحقق لان اليمين لما انحلت بوجود الشرط لم يقبل الفسخ والانتقاض كالكتابة فان مولى المكاتب اذا رد البدل لكونه زيفا او نبهرجا او استرد بالاستحقاق لا ينتقض العتق بخلاف قضاء الدين فانه ينتقض برد المقبوض بعيب او استحقاق لان مبناه على المقاصة وقد زالت وقوله وان وجدها رصاصا ظاهر وقوله ولان في قضاء الدين طريقة المقاصة بيانه ان ما يقبضه رب الدين يصير مضمونا عليه لانه يقبضه لنفسه على وجه التمليك ولرب الدين على المديون مثله اي مثل ما في ذمته فيلتقيان قصاصا وقد تحققت بمجرد البيع لان ثمن العبد آخر الدينين فيكون قضاء عن الاول وانما كان طريق قضاء الدين المقاصة لان قضاء الدين حقيقة لا يتصور لان القضاء يصادف العين وحق صاحب الدين وصف في الذمة ولهذا قالوا الديون تقضى بامثالها وقوله فكأنه شرط القبض كأنه اشارة الى الجواب عما يقال او تحققت المقاصة بمجرد البيع لما قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير ويقبضه ووجهه ان اشتراط القبض ليكون هذا الدين مثل الدين الذي للمشتري عليه لان ماله من الدين عليه متقرر وثمن العبد غير متقرر قبل القبض لانه على شرف السقوط بموته فاذا قبضه صار متقررا فيكون مثله فيتقاصان وان وهبها له اي ان وهب الدائن دينه للمديون لم يبر الحالف لعدم المقاصة لان المحلوف عليه فعله وهو القضاء والهبة ليست فعله لانها اسقاط من صاحب الدين وانما قال لم يبر لانه اعم من الحنث فكأنه اشار بذلك الى انه لم يبر ولم يحنث عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لفوات المحلوف عليه وهو الدين وفوات المحلوف عليه عندهما جهة في بطلان اليمين كما في مسئلة الكوز على ما تقدم وقال بعض الشارحين رحمهم الله ولنا فيه نظر لانه حينئذ يلزم ارتفاع النقيضين وهو فاسد لان البر نقيض الحنث فمن وجود احدهما يلزم ارتفاع الآخر ومن ارتفاع احدهما يلزم وجود الآخر فلا يجوز ان يرتفعا جميعا واقول ليسا

ليسا بنقيضين على اصطلاح اهل المعقول وغير الحالف لا يتصف باحدهما وشأن النقيضين ليس كذلك فاذا بطل اليمين بفوات تصور البر صار كغير الحالف من الناس فيجوز ان لا يتصف بواحد منهما واذا تقاضى دينه فقال اقبضها مني منجما فحلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض الجميع متفرقا لان شرط الحنث امر مركب من قبض الكل بوصف التفرق لانه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه وهو اسم لكل ماله عليه فينصرف اليه والمركب ينتفي بانتفاء جزئه فاذا وجد احدهما دون الآخر لم يحنث وههنا ان فات عدم التفرق لم يوجد قبض الجميع وقوله فان قبض جميع دينه في وزنين ظاهر ومن تقاضى من غريمه مائتين فقال لا املك ذلك المقدار فلم يصدقه فقال ان كان لي الا مائة درهم فامرأته طالق ولم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لما ذكره في الكتاب وقوله ولان استثناء المائة استثناؤها بجميع اجزائها يعني فكان استثناء الخمسين داخلا تحت استثناء المائة لان الخمسين من اجزاء المائة فلذلك لا يحنث *

مسائل متفرقة

اي هذه المسائل التي اذكرها متفرقة ومن داب المصنفين ذكر ما شذ من الابواب في آخر الكتاب واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا اليمين على فعل الشيء او تركه لا يخلو اما ان يكون موقتة بوقت كيوم او شهر او مطلقة فان كان الثاني وهو المذكور في الكتاب فان كان على الترك تركه ابدا وان كان على الفعل بر بفعله مرة على اي وجه كان ناسيا او عامدا مختارا او مكرها او بطريق التوكيل لان الفعل مشتمل على مصدره اشتمال الكل على الجزء وهو منكر لعدم الحاجة الى التعريف والنكرة في سياق النفي تعم فتوجب عموم الامتناع وفي الاثبات تخص فان فعله في صورة النفي مرة حنث وان فعله في صورة الاثبات مرة بر وانما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموت الحالف او بفوات محل الفعل فان كان الاول ولم يذكره في الكتاب فانه لا يحنث

قبل مضي الوقت وان وقع اليأس بموته اويفوت المحل لان الوقت مانع من الانحلال اذ لوانحل قبل مضي الوقت لم يكن للتوقيت فائدة واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمه بكل داعر اي مفسد خبيث من الدعارة وهي الخبث والفساد دخل البلد كان الاعلام واجبا حال ولايته خاصة وليس يلزم الاعلام حال دخوله وانما يلزمه ان لا يؤخر الاعلام الى مابعد موت الوالي او عزله على ظاهر الرواية لان المقصود منه اي من الاعلام دفع شره اي شر نفس الداعر اوشر غيره بزجره فان الوالي اذا زجره وادبه لدعارته ينزجر غيره عن الدعارة لوكانت في قصده ونيته وهذا المقصود انما يفيد فائدة اذا كان الوالي قادرا على تنفيذه وذلك بالسلطنة والسلطنة تزول بالموت لامحالة وكذا بالعزل في ظاهر الرواية وانما قيد بظاهر الرواية احترازا عما روي عن ابي يوسف رحمه الله انه يجب الاعلام على الحالف بعد عزل المستحلف ايضا لانه مفيد في الجملة وقوله ومن حلف ان يهب على ماذكره في الكتاب واضح واختلف اصحابنا رحمهم الله في ثبوت الملك قبل القبول فمنهم من قال بثبوته الا انه بالرد ينتقض دفعا للضرر منه ومنهم من قال بعدمه لاحتمال ان يكون الموهوب محرما للموهوب له فيعتق عليه فلا يمكن دفع الضرر فيتوقف الثبوت على القبول بخلاف البيع والاجارة وكل عقد فيه بدل لانه تملك من الجانبين فكان تمامه بهما ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث لانه اسم لما لا ساق له ولهما ساق قيل هذا تفسير الامام فخر الاسلام وقلده صدر الشهيد والمصنف رحمهما الله وفيه نظر لانه لم يثبت في قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير اصلا وجوابه ان معنى قوله اسم لما لا ساق له ان لساقه رائحة طيبة كما لورقه واصطلح عليه الفقهاء وان لم يثبت في اللغة على ان نفيه في اللغة موقوف على الاستقراء التام في اوضاع اوصاف اللغة وهو متعذر وقيل في الضابطة بين الريحان والورد ان ما ينبت من بذره مما لا شجر له ولعينه رائحة مستلذة فهو ريحان وما ينبت من الشجر ولورقه رائحة مستلذة فهو ورد ومن

ومن حلف لا يشتري بنفسجا فاشترى دهن بنفسج حنث باعتبار العرف ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشرى ينبني عليه اي على البيع وهذا في عرف اهل الكوفة وقيل في عرفنا يقع على الورق * وان حلف على الورد فاليمين على الورق لانه اي الورد حقيقة فيه اي في ورق الورد والعرف مقرر له اي لوقوع اليمين على الحقيقة يعني ان اسم الورد على الورق حقيقة وفي العرف ايضا يفهم منه ذلك فكان العرف مقررا للوقوع على الحقيقة وفي البنفسج قاض عليه اي غالب راجح يعني ان اسم البنفسج يقع على عين البنفسج حقيقة كما هو مذهب الشافعي رحمه الله لا على دهنه ولكن العرف غير تلك الحقيقة من عينه الى دهنه فكان العرف غالبا وراجحا في اسم البنفسج على حقيقته والله اعلم *

كتاب الحدود

لما فرغ من ذكر الايمان وكفارتها الدائرة بين العبادة والعقوبة اورد عقيبها العقوبات المحضة ومحاسن الحدود كثيرة لانها ترفع الفساد الواقع في العالم وتحفظ النفوس والارض والاموال سالمة عن الابتذال واما سببها فسبب كل منهما ما اضيف اليه حد الزنا وحد القذف وغيره واما تفسيره لغة وشريعة والمقصد الاصلي من شرعه وهي الحكم فقد ذكره في الكتاب وقوله الانزجار عما يتضرر به العباد يريد به افساد الفراش واضاعة الانساب واتلاف الاعراض والاموال وكلامه يشير الى ان الحدود تشتمل على مقصد اصلي يتحقق بالنسبة الى الناس كافة وهو الانزجار عما يتضرر بها العباد وغير اصلي وهو الطهرة عن الذنوب وذلك يتحقق بالنسبة الى من يجوز زوال الذنوب عنه لا بالنسبة الى الناس كافة ولهذا شرع في حق الكافر الذمي ولا يطهر عن ذنبه باجراء الحد عليه **قوله** الزنا يثبت بالبينة والاقرار الزنا يمد ويقصر فالقصر لغة اهل الحجاز قال الله تعالى وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا والمد لاهل نجد قال الفرزدق * (شعر) ابا حاضر من يزن يعرف زناؤه * ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا * يخاطب

رجلا يكنى اباحاضر والخرطوم الخمر والسكر بفتح الكاف الخمور وتفسيره في الشرع قضاء المكلف شهوته في قبل امرأة خالية عن الملكين وشبهتهما وشبهة الاشتباه وتمكين المرأة عن ذلك واختير لفظ القضاء اشارة الى ان مجرد الايلاج زنا ولهذا يثبت به الغسل والمكلف ليخرج به الصبي والمجنون والمراد بالملكين ملك النكاح وملك اليمين وشبهة ملك النكاح ما اذا وطئ امرأة تزوجها بغير شهود او بغير اذن مولاها وما اشبهه وشبهة ملك اليمين ما اذا وطئ جارية ابنه اومكاتبه اوعبده المأذون المديون وشبهة الاشتباه ما اذا وطئ الابن جارية ابيه على ظن انها تحل له والزنا يثبت بالبينة والاقرار قال المصنف رحمه الله والمراد ثبوته عند الامام وانما قال كذلك لان الزنا على التفسير المذكور يثبت بفعلهما ويتحقق في الخارج وان لم يكن هناك لابينة ولا اقرار وانما انحصر في ذلك لانه لا يظهر ثبوته بعلم القاضي لانه ليس بحجة في هذا الباب وكذا في سائر الحدود الخالصة لقوله تعالى فَإِنْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُوْلَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ وقوله مضرة ومعرة المضرة ضرر ظاهر على البدن المعرة ضرر يتصل ببدنه ويسري الى باطنه من لحوق العار بانتسابه الى الزنا وقوله والبينة ان يشهد اربعة من الشهود ظاهر وقوله ولان في اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر احترازا عن قول من يقول ان اشتراط الاربع لان الزنا لايتم الا باثنين وفعل كل واحد لايثبت الا بشهادة شاهدين فانه ضعيف لان فعل واحد كما يثبت بشهادة شاهدين كذلك يثبت بها فعل اثنين وانما الصواب ان الله تعالى احب الستر على عباده وشرط زيادة العدد تحقيقا لمعنى الستر وقوله وهو اي الستر مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم من اصاب منكم من هذه القاذورات شيئا فليستره يستر الله وقال من ستر على مسلم ستره الله تعالى في الدنيا والآخرة والاشاعة ضده اي اظهار الزنا ضد ستر الزنا فكان وصف الاشاعة على ضد وصف الستر لامحالة ثم لما كان الستر امرا مندوبا اليه كانت الاشاعة امرا مذموما واذا شهد واسأل لهم الامام عن الزنا ما هو احترازا عن

عن الغلط في الماهية وكيف هو احترازا عن الغلط في الكيفية واين زنى احترازا عنه في المكان ومتى زنى احترازا عنه في الزمان وعن المزنية احترازا عنه في المفعول به ويدل على وجوب السؤال عن هذه الاشياء النقل والعقل اما الاول فما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل ماعزا الى ان ذكر الكاف والنون يعني كلمة نكت لكونه صريحا في الباب والباقي كناية واما العقل فلان الاحتياط في ذلك واجب لانه قد كان الفعل في غير الفرج عناه فلا يكون ماهية الزنا ولا كيفيته موجودة اوزنى في دار الحرب وهو لا يوجب الحد وفي المتقادم من الزمان وذلك يسقط الحد اوكانت له في المزنية شبهة لا يطلع عليها الشهود كوطئ جارية الابن فيستقصي في ذلك احتيالا للدرأ فاذا بينوا ذلك وقالوا رايناه وطئها في فرجها بيانا للماهية والمزني بها كالميل في المكحلة في بيان كيفيته وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا للدرأ لان النبي صلى الله عليه وسلم امر بذلك قال ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة رحمه الله حيث اكتفي فيه بظاهر العدالة وهو الاسلام وتعديل السر والعلانية يأتي في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى قال في الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود لانه لو خلى سبيله هرب فلا يظفر بعد ذلك ولا وجه الى اخذ الكفيل منه لان اخذ الكفيل نوع احتياط فلا يكون مشروعا فيما بني على الدرأ فان قيل الاحتياط في الحبس اظهر اجيب بان حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير للاتهام بالجناية وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة والفرق بينه وبين سائر الديون سيأتي ان شاء الله تعالى وقوله والاقرار ان يقر العاقل البالغ صورة المسئلة ظاهرة على ما ذكره وقوله اعتبارا بسائر الحقوق يعني في سائر الحقوق العدد معتبر في الشهادة دون الاقرار فكذلك ههنا وقوله بخلاف زيادة العدد في الشهادة يعني انها تفيد زيادة في طمانينة القلب وتكرار الكلام ليس كذلك ولنا حديث ماعز

رضى الله عنه فانه جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال زنيت فطهرني فاعرض عنه فجاء الى الجانب الآخر وقال مثل ذلک فاعرض عنه فجاء الى الجانب الثالث وقال مثل ذلک فاعرض عنه فجاء الى الجانب الرابع وقال مثل ذلک فلما كان فى المرة الرابعة قال النبي صلى الله عليه وسلم الآن اقررت اربعا فمن زنيت قال بفلانة قال لعلک قبلتها لعلک باشرتها فابى الى ان اقر بصريح الزنا فقال ابک خبل ابک جنون وفي رواية بعث الى اهله هل ينكرون من عقله شيئا فقالوا لا فسأل عن احصانه فاخبرانه محصن فامر برجمه وعن ابي هريرة رضي الله عنه قال كنا نتحدث في اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ماعزا لو قعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقر لم يرجمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فهذا يدل على ان هذا الحكم كان متعارفا فيما بينهم ووجه الاستدلال بحديث ماعز ما اشار اليه بقوله فانه عليه السلام اخر الاقامة وبيانه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخر اقامة الحد الى ان تم الاقرار اربع مرات فلو كان الاقرار مرة واحدة كافيا لم يؤخر لان اقامة الحد عند ظهوره واجبة وتاخير الواجب لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم فان قال قائل اذا لم يثبت الحد باقراره مرة واحدة فقد اعترف بوطيء لا يوجب الحد فيجب المهر واذا وجب المهر لا يجب الحد من بعد لان العقر والحد لا يجتمعان في وطيء واحد اجيب بان الاقرار اربع مرات لما اعتبر حجة لاثبات الزنا لم يتعلق وجوب المهر بالاقرار مرة واحدة وانما الحكم موقوف فان تمت الحجة وجب الحد وان لم يتم وجب المهر فان قيل انما اعرض النبي صلى الله عليه وسلم لانه استراب في عقله فقد جاء اشعث اغبر متغير اللون الا انه لما اصر على الاقرار ودام على نهج العقلاء قبله بعد ذلک ثم ازال الشبهة بالسؤال فقال ابک خبل ابک جنون اجيب اما تغير الحال فدليل التوبة والخوف من الله تعالى لا دليل الجنون وانما قال النبي صلى الله عليه وسلم ابک جنون تلقينا لما يدرأ به الحد كما قال لعلک وطئتها ليرجع عن الزنا الى الوطيء بشبهة فيسقط الحد به وكما قال للسارق اسرقت

اسرقت ما اخاله سرق والدليل عليه ما روي ان ابا بكر رضي الله عنه قال لماعز لما اقر ثلثا ان اقررت الرابعة رجمك فثبت ان هذا العدد كان ظاهرا عندهم وقوله ولان الشهادة دليل معقول يتضمن الجواب عن اعتباره بسائر الحقوق وتقريره ان سائر الحقوق ليس نصاب الشهادة فيه اربعة ونصابها ههنا ذلك فلما كانت احدى الحجتين مختصة بزيادة ليست في سائر الحقوق فكذلك في الحجة الاخرى اعلاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر فلابد من اختلاف المجالس لما روينا من انه صلى الله عليه وسلم اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربع مجالس ولان لاتحاد المجالس اثرا في جمع المتفرقات فعنده اي عند الاتحاد يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار الا يرى الى ما جاء في حديث ماعز رضي الله عنه من اقرار خمس مرات فكان منها مرتان في جهة واحدة فلم يعتبر ذلك ولم يذهب اليه احد من المجتهدين والاقرار قائم بالمقر فايعتبر اتحاد مجلسه في دفع الحد وفي بعض النسخ فيعتبر اختلاف مجالسه اي في وجوب الحد وقيل يعتبر مجالس القاضي ورده المصنف رحمه الله بقوله دون مجلس القاضي وقوله والاختلاف بان يرده القاضي ظاهر وقوله لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار دليله ان التقادم في الشهادة مانع لتهمة الحد وهي غير موجودة في الاقرار وسيأتي بيان التقادم في باب الشهادة على الزنا وقوله كما اذا وجب بالشهادة يعني ان الحد لا يبطل بانكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه وكذا لا يبطل بانكاره بعد الاقرار لانهما حجتان فيه فتعتبر احديهما بالاخرى وصار كالقصاص وحد القذف لا يقبلان الرجوع بعد الثبوت بالاقرار وقوله فيتحقق الشبهة بالاقرار يعني بالتعارض الواقع بين الخبرين المحتملين للصدق والكذب من غير مرجح لاحدهما وقوله وهذا قريب من الاول في المعنى اي قوله لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة قريب من قوله لعلك مسستها في المعنى من حيث ان كل واحد منهما تلقين للرجوع لما انه لو قال في كل واحد منهما نعم سقط الحد والله اعلم بالصواب *

فصل في كيفية الحد واقامته

ذكر هذا الفصل عقيب ذكر وجوب الحد لان اقامة الحد بعد وجوبه وقوعا فاخره ذكرا وكلامه واضح وقوله وعلى هذا اجماع الصحابة رضي الله عنهم اي على وجوب الرجم اذا كان الزاني محصنا وذهب الخوارج الى ان الحد في الزنا الجلد ليس الا لانهم لا يقبلون اخبار الآحاد وذلك خرق منهم للاجماع على ان حديث ماعز مشهور تلقته الامة في الصدر الاول بالقبول والزيادة على الكتاب بمثله جائز وقوله فان امتنع الشهود قال في الايضاح ولو امتنع الشهود او بعضهم او كانوا غيبا او ماتوا او مات بعضهم او عمي بعضهم او خرس او جن او ارتد او قذف فحد لم يرجم المشهود عليه في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله وروي عنه انهم اذا امتنعوا وغابوا رجم الامام ثم الناس وكذا في الذخيرة ايضا فعلى هذا ما قيده بظاهر الرواية راجع الى امتناع الشهود عن الرجم بعد الحضور الى آخره وليس بمختص بقوله وكذا اذا ماتوا او غابوا واذا سقط بامتناع احدهم هل يحد الشهود ولا ذكر في المبسوط انه لا يقام الحد على الشهود لانهم ثابتون على الشهادة وامتنع بعضهم من مباشرة القتل وذلك لا يكون رجوعا عن الشهادة على الزنا واعلم ان ظاهر الرواية يفضي الى اعتبار شبهة الشبهة وهي غير معتبرة فتأمل والغامدية امرأة من غامد حي من الازد وفي حديثها لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفرله وقوله الا انه انتسخ في حق المحصن بيانه ان قوله تعالى الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا الآية عام في المحصن وغيره الا انه انتسخ في حق المحصن بالآية الاخرى نسخت تلاوتها وبقي حكمها روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه خطب فقال ان الله تعالى بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وانزل عليه الكتاب وكان فيما انزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناها

ووعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده واني خشيت ان طال بالناس الزمان ان يقول قائل ما نجد آية الرجم في كتاب الله تعالى فيضلوا بترك فريضة انزلها الله تعالى فالرجم حق على من زنى من الرجال والنساء اذا كان محصنا اذا قامت البينة او كان حبل او اعتراف وايم الله لولا ان يقول الناس زاد عمر في كتاب الله تعالى لكتبتها يريد به الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم وكانت خطبته هذه بحضرة الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه احد وكانت هذه الآية نسخت حكم عموم قوله تعالى فاجلدوا في غير المحصن وانتسخت تلاوتها بصرفها عن القلوب بحكمة يعلمها الله تعالى وقوله بسوط لا ثمرة له قال في الصحاح ثمرة السياط عقد اطرافها ومنه يأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له يعني العقد وقيل المراد بالثمرة غلظه وذنبه وطرفه لانه اذا كان لذلك تصير الضربة ضربتين وهذا اصح لما روي ان عليا رضي الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان وفي رواية له ذنبان اربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين والاول هو المشهور في الكتب والمبرح مأخوذ من برحاء الحمى وغيرها يقال برح به الامر تبريحا اي غلظ عليه واشتد والمذاكير جمع الذكر الذي هو العضو وهو جمع على خلاف القياس كأنهم فرقوا بذلك الجمع بين الذكر الذي هو الفحل وبين الذكر الذي هو العضو وانما ذكر بلفظ الجمع ههنا مع افراد قرينه وهو الوجه لانه اراد به ذلك العضو والعين وما حوله كقولهم شابت مفارق رأسه كذا في الصحاح وقوله من دعاة الكفرة الدعاة جمع داع كالقضاة جمع قاض اي كان يدعو الناس اليهم وقوله لانه زيادة على المستحق قالوا الا ان يعجزهم عن الضرب قائما فلا بأس حينئذ ان يشد على سارية اونحوها **قوله** وان كان عبدا او امة ان كان من زنى عبدا او امة جلده الامام خمسين جلدة لقوله تعالى فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ نزلت في الاماء ودخلت تحت حكمها العبيد وهو خلاف المعهود لان المعهود ان تدخل النساء تحت

حكم الرجال بطريق التبعية فكان هذا الاسلوب والله اعلم بناء على ان اسباب السفاح فيهن ودعوتهن اليه غالبة كما في تقديمهن في قوله تعالى الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي الى آخره ثم العذاب المذكور في الآية الجلد دون الرجم لانه لا يتنصف وقوله ولان الجناية عند توافر النعمة افحش اصله قوله تعالى يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ مَن يَأْتِ مِنكُنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ يُضَاعَفْ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ وقوله لما روينا يعني من حديث علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا الثدوة بفتح الاول والواو وبالضم والهمزة مكان الواو والدال في الحالتين مضمومة ثدي الرجل او لحم الثديين والهمدانية انما هي بسكون الميم منسوبة الى همدان بسكون الميم حي من العرب وقوله لما روينا يعني من حديث الغامدية حيث حفر لها الى الثدوة وقوله والربط والامساك غير مشروع يعني الان يعجزهم كما ذكرناه وقوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم اربع الى الولات وذكر منها الحدود رواه ابن مسعود وابن عباس وابن زبير رضي الله عنهم والثلث الباقيات الصدقات والجمعات والفيئ وقوله ولان الحد حق الله تعالى وحق الله تعالى حق مشروع يتعلق به نفع العالم على الاطلاق والتنكير يتناول مالنا وما علينا وقولي على الاطلاق لاخراج حق العبد فانه مشروع يتعلق به نفع العالم بالتخصيص كحرمة مال الغير مثلا فانها حق العبد لتعلق صيانة ماله بها فلهذا يباح باباحة المالك ولا يباح الزنا باباحة المرأة ولا باباحة اهلها وتمام التقرير فيه مذكور في التقرير وقوله واحصان الرجم وانما قيد الاحصان بالرجم احترازا عن احصان القذف فانه غيرهذا على ما سيجيئ ان شاء الله تعالى احصان الرجم مشروط بسبع شرائط ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان هذا على قول المتقدمين واما المتأخرون فقد قالوا شرائط الاحصان على الخصوص منها شيئان الاسلام والدخول بالنكاح الصحيح بامرأة هي مثله وهذا الشرط الثاني مركب من ثلثة من ذلك واما العقل والبلوغ فشرط لاهلية العقوبة لعدم الخطاب بدونهما واما الحرية فشرط تكميل

تكميل العقوبة بواسطة تكامل النعمة والمصنف رحمه الله وافق المتأخرين في جعل العقل والبلوغ شرطا لاهلية العقوبة وجعل الباقية شرطا لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة لان كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وتغلظه يستدعي اغلظ العقوبات وهذه الاشياء من جلائل النعم فكفرانها يكون سببا لافحش العقوبات وهو الرجم بالحجارات الى الموت ليكون ثبوت الحكم بقدر سببه وانحصر الشرائط على هذا العدد لان الرجم بالزنا قد شرع عند استجماعها فيناط بها والشرف والعلم والجمال والحسب وان كانت من جلائل النعم ايضا الا ان الشرع لم يرد باعتبارها ونصب الشرع بالرأي متعذر وقوله لان الحرية دليل على الاقتصار على تلك الشرائط يتضمن ان لها مدخلا في الاستغناء عن الزنا دون غيرها من العلم والشرف وذلك لان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح لان الحر يتولى امور نفسه ليس تحت ولاية احد والنكاح الصحيح ممكن من الوطئ الحلال لا محالة والدخول به شبع بالحلال والاسلام ممكن من نكاح المسلمة ومؤكدا اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية عند توافر الزواجر اغلظ ولقائل ان يقول العلم باحوال الآخرة وما يترتب على الزنا من الفساد عاجلا والعقوبة آجلا من الزواجر لا محالة والجمال في المنكوحة مقنع للزوج عن النظر الى غيرها والشرف مردع عن لحوق معرة الزنا وعقابه فكان الواجب ان يكون من شرائطه والجواب ان المسلم الناشي قلما يخلو عن العلم بما ذكرت والجمال والشرف ليس لهما حد معلوم يضبطان به فلا يكون معتبرة واما وجه اشتراط كونهما على صفة الاحصان عند الدخول فسنذكره والشافعي رحمه الله يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف رحمه الله في رواية مستدلين بما روي مسندا الى ابن عمر رضي الله عنه ان اليهود جاؤا الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكروا له ان رجلا منهم وامرأة زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التورية في شأن الزنا قالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فاتوا بالتورية فنشروها فجعل احدهم يده على آية الرجم

ثم جعل يقرأ ما قبلها وما بعدها فقال عبد الله بن سلام ارفع يدك فرفعها فاذا فيها آية الرجم فقال صدق يا محمد فيها آية الرجم فامر بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجما قلنا ذلك بحكم التورية ثم نسخ يؤيده ما روى اصحابنا رحمهم الله في كتبهم عن ابن عمر رضي الله عنه من اشرك بالله فليس بمحصن قوله والمعتبر في الدخول ايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل لبيان ما يحصل به الاحصان من الجماع وفيه نظر لانه ينافي ما تقدم من قوله والاصابة شبع بالحلال فان الشبع انما يكون بالانزال دون الايلاج عرف ذلك في حديث رفاعة حيث قال صلى الله عليه وسلم لا حتى تذوقي من عسيلته بالتصغير قوله وشرط صفة الاحصان فيهما ظاهر وقيل كيف يتصور ان يكون الزوج كافرا والمرأة مسلمة واجيب بان صورته ان يكونا كافرين فاسلمت المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الاسلام عليه لانه ما لم يفرق القاضي بينهما بالاباء عند عرض الاسلام فهما زوجان وقد مر وابو يوسف رحمه الله يخالفنا في الكافرة اي في ان اسلام المنكوحة وقت الدخول بها شرط احصان الزاني فعنده ليس بشرط حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة يصير محصنا والحجة عليه اي على ابي يوسف رحمه الله ما ذكرناه يعني من قوله ولا ايتلاف مع الاختلاف في الدين قوله وقوله صلى الله عليه وسلم معطوف على قوله ما ذكرناه لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله مرسلا في مبسوطه **قوله** ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم وفي رواية عن احمد يجمع بينهما لما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الثيب بالثيب جلد مائة ورمي بالحجارة والبكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يجمع بينهما في ماعز ولا في الغامدية ولا الصحابة بعده رضي الله عنهم وحديث عبادة بيان لقوله تعالى أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلاً وحديث ماعز بعده فيكون ناسخا وقوله ولان الجلد يعرى ظاهر وقوله والشافعي

والشافعي رحمه الله يجمع بينهما حدا اي في حد الزنا بنفي الرجل والمرأة جميعا لقوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان التغريب من تتمة الحد فكما ان الرجل والمرأة في حق الجلد سواء فكذلك في حق التغريب ولان فيه اي في التغريب حسم مادة الزنا لقلة المعارف اي لقلة من يعرفهم ويعرفونه من الاحباء والحبيبات لما ان الزنا انما ينشأ من الصحبة والموانسة والتغريب قاطع لذلك ولنا قوله تعالى فَاجْلِدُوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء ورجوعا نصب على المصدر ومعناه ان الفاء للجزاء واذا ذكر الجزاء بعد الشرط بالفاء دل استقراء كلامهم انه هو الجزاء الا يرى اذا قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق واحدة ليس جزاء الشرط الا ما هو المذكور بعد الفاء وقوله اولى كل المذكور اي رجوعا الى كل المذكور ومعناه انه ذكر الجلد دون النفي في موضع الحاجة الى البيان فكان ما ذكره كل ما يحتاج اليه في البيان فلو يبقى شيء يحتاج اليه ولم يبين لزم الاخلال في البيان في موضع الحاجة والعمل بالحديث الذي رواه نسخ للكتاب وهو لا يجوز وقوله ولان في التغريب ظاهر وقوله ثم فيه اي في التغريب قطع مادة البقاء يعني ما يحتاج اليه من المأكول والملبوس فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا لازدياده شهرة وقوله وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله عنه نقل بفتح الجيم وكسرها فوجه الفتح ان هذه الجهة من العلة اقوى من علة الخصم بشهادة قول علي رضي الله عنه لصحة ماقلناه ووجه الكسر ان الخصم ينكر صحة ما نقل عن علي رضي الله عنه فقال المصنف رحمه الله هذه الجهة من جهات العلل يؤيد صحة قول علي رضي الله عنه فكانت اللام للصلة داخلة على المفعول كما في قوله تعالى وَالَّذِينَ هُمْ لِلزَّكٰوةِ فَاعِلُونَ وفي الوجه الاول كانت للتعليل فان قيل الاصل ان ما يصلح علة لا يصلح مرجحا وهذه الجهة علة فكيف صلحت مرجحة اجيب بان هذه الجهة ليست بمثبتة للحد بل هي نافية مع ان النفي ليس بحكم وجب في الحد فيصلح للترجيح ففي مثل هذا الموضع يذكر التعليل موضحا بعضها

بعضا وما ارى اختيار المصنف رحمه الله لفظ الجهة على لفظ العلة الا لهذا كذا في النهاية وقوله والحديث يعني قوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام منسوخ كشطره وهو قوله صلى الله عليه وسلم الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه قيل يعني في طريقة الخلاف فان قيل هذا اثبات النسخ بالقياس اجيب بانه بيان لكون الحديث منسوخا بناسخ ولم يبين ان الناسخ ما هو وحاصل ذلك ان حكم الزنا في الابتداء كان امساك الزواني في البيوت حتى يتوفاهن الموت والايذاء باللسان فانتسخ ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ثم انتسخ هذا الحديث بقوله تعالى الزانية والزاني والدليل على ان الحديث مقدم على قوله تعالى الزانية والزاني ان النبي صلى الله عليه وسلم قال خذوا عني ولو كان انتساخ امساك الزواني في البيوت بقوله الزانية والزاني لقال صلى الله عليه وسلم خذوا عن الله وهذه الدلالة التي هي دلالة التقدم ههنا مثل دلالة التقدم في حديث العرنيين واليه اشار بقوله في الكتاب وقد عرف طريقه في موضعه اي دل في حديث العرنيين دال على انه مقدم على قوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا البول وهو جواز المثلة فكذلك ههنا دل الدال على ان الحديث مقدم على قوله تعالى الزانية والزاني وهو ما ذكرنا هذا ما ذكره في النهاية وتبعه غيره من الشارحين وقوله الا ان يرى ذلك مصلحة استثناء من قوله ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي يعني اذا رأى الامام تغريب الزاني مصلحة لدعارته فعل ذلك على قدر ما يراه بطريق التعزير والسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم روي ان ابا بكر رضي الله عنه جلد بكرين ونفاهما الى فدك وعمر رضي الله عنه سمع قائلة تقول (شعر) هل من سبيل الى خمر فاشربها * اوهل سبيل الى نصر بن حجاج * الى فتىً ماجد الاعراق مُقْتَبَلٍ * سهل المحيا كريم غير ملجاج * فطلب

فطلب نصرا ونفاه وذلك لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك لمصلحة ظهرت له فقال ما ذنبي يا امير المؤمنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب لي حيث لا اطهر دار الهجرة عنك وعثمان جلد زانيا ونفاه الى مصر وعلي جلد ونفى ثم قال كفى بالنفي فتنة وكل ذلك محمول على السياسة والتعزير وقوله واذا زنى المريض الى آخره ظاهر وقوله قال الغامدية روي ان الغامدية لما اقرت بالزنا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت حاملا قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ارجعي حتى تضعي ما في بطنك فلما وضعت جاءت ثانيا واقرت فقال ارجعي حتى يستغني ولدك فقالت اخاف ان اموت قبل ان احد فقال رجل انا اقوم بتربية ولدها فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجمها فدل ان الحكم هو التاخير عن هذا الزمان اذا لم يكن لولدها مرب والله اعلم بالصواب *

باب الوطئ الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

لما فرغ من بيان اقامة الحد شرع في بيان ما يوجب الحد وما لا يوجبه وقد ذكرنا تعريف الزنا في اول كتاب الحدود وذكره المصنف رحمه الله ههنا واعترض بانه غير منعكس لان الزنا يصدق في فعل المرأة هذا الفعل ولهذا لا يحد قاذفها بالزنا حد القذف وهذا التعريف وهو قوله وطئ الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك ليس بصادق عليه واجيب بان هذا التعريف انما هو بالنسبة الى الاصل والمرأة تدخل فيه تبعا لما سيجيء بعد هذا ان كل موضع يجب فيه الحد على الرجل يجب على المرأة وكل موضع لا يجب فيه على الرجل لا يجب على المرأة فان قيل قوله لانه فعل محظور تعليل واقع في غير محله لانه في التصورات قلت التعليل ليس لاثبات التعريف وانما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة في تحقق الزنا وتقرير كلامه انما اعتبروا ان يكون في غير شبهة الملك لانه فعل محظور يوجب الحد

فيعتبر فيه الكمال لان الناقص ثابت من وجه دون وجه فلا يوجب عقوبة كاملة والكمال
في الحظر عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم ادرأوا
الحدود بالشبهات ثم الشبهة وهي ما يشبه الثابت وليس بثابت على ما قالوا نوعان
شبهة في الفعل ويسمى شبهة اشتباه اي هي شبهة في حق من اشتبه عليه وليس بشبهة في حق
من لم يشتبه عليه حتى انه لو قال علمت انها تحرم علي حد وشبهة في المحل ويسمى شبهة
حكمية ويسمى شبهة ملك ايضا فانها لا توجب وان قال علمت انها حرام علي فالاولى
تتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا كما اذا ظن ان جارية
امرأته تحل له بناء على ان الوطئ نوع استخدام والاستخدام يحل فكذا الوطئ
فيكون تحققها بالنسبة الى الظان والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته
لكن لا يكون عاملا لمانع اتصل بها وهذه لا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد
يسقط بالنوعين جميعا لاطلاق الحديث لكن في الاولى عند الظن وفي الثانية على كل
تقدير والنسب يثبت في الثاني اي في الوطئ الثاني وقيل اي في المذكور الثاني
والاولى ان يقال في النوع الثاني اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاول وان ادعاه لان
الفعل محض اي خلص زنا في الشبهة الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه اي
الى الوطئ وقيل هذا ليس بجري على عمومه فان المطلقة الثلث يثبت فيها النسب لان
هذا وطئ في شبهة العقد فيكفي لاثبات النسب وفي الايضاح المختلعة والمطلقة بعوض
ينبغي ان تكون كالمطلقة ثلثا وعد شبهة الفعل وهي في ثمانية مواضع كما ذكر فاذا قال
ظننت انها تحل لي لا يحد لان الانسان ينتفع بمال هؤلآء حسب انتفاعه بمال نفسه
فكان هذا ظنا في موضع الاشتباه فيمتنع الحد وان قال الرجل علمت انها حرام علي وقالت
الجارية ظننت انه يحل لي لا يحد واحد منهما اما المرأة فلدعوى الشبهة واما الرجل
فلان الزنا يقوم بهما فاذا سقط الحد عن المرأة سقط عن الرجل لمكان الشركة على ما يجيئ

ما يجيئ فان قيل ما وجه الاشتباه فى المطلقة الثلث حتى لا يحد اذا قال ظننت انها تحل لي اجيب بان وجهه بقاء بعض الاحكام بعد الطلقات الثلث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الاخت وثبوت النسب حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب الى سنتين فان قيل بين الناس اختلاف في ان من طلق امرأته ثلثا هل يقع اولا فينبغي ان يصير ذلك شبهة في اسقاط الحد اجيب بانه خلاف غير معتد به حتى لو قضى به القاضي لم ينفذ قضاؤه وانما قيد الطلاق البائن بالمال لانه اذا لم يكن على مال فوطئها فى العدة فلا حد عليه وان قال علمت انها علي حرام على ما يجيئ وشبهة ام ولد اعتقها مولاها هي ما قلنا فى المطلقة ثلثا وهي فى العدة من قيام اثر الفراش فكان الظن في موضع الاشتباه وشبهة العبد في جارية المولى انبساط يد العبد في مال مولاه والجارية من ماله فجاز ان يظن حل الانبساط فيها بالوطئ والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود يعني اذا قال المرتهن ظننت انها تحل لي لا يحد وعلى رواية كتاب الرهن لا يجب الحد سواء ادعى الظن اولم يدع كما فى الجارية المشتركة لانه وطئ جارية انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد اشتبه عليه اولم يشتبه قياسا على مالو وطئ جارية اشتراها على ان البائع بالخيار وانما قلنا انعقد له فيها سبب الملك لانه بالهلاك يصير مستوفيا حقه من وقت الرهن واذا كان كذلك فقد انعقد له سبب الملك فى الحال ويحصل حقيقة الملك عند الهلاك ووجه ما ذكره في كتاب الحدود هوان عقد الرهن عقد لا يفيد ملك المتعة بحال فقيامه لا يورث شبهة حكمية قياسا على الاجارة فانها لا تفيد ملك المتعة بحال فما اورث قيامها فى المحل شبهة حكمية وعلى هذا كان يجب عليه الحد اشتبه اولم يشتبه كما فى الجارية المستأجرة للخدمة الا انه لا يجب اذا اشتبه عليه لانه موضع اشتباه لان ملك المال فى الجملة سبب لملك المتعة وان لم يكن سببا فى الرهن وقد انعقد له سبب ملك في حق المال فيشتبه انه هل ثبت بهذا القدر ملك المتعة اولا بخلاف الاجارة فان الثابت بها ملك المنفعة ولا يتصور ان يكون ذلك سبب ملك المتعة بحال فقد اشتبه عليه

مالا يشتبه بخلاف البيع بشرط الخيار لانه انما يفيد له الملك حال قيام الجارية وملك المال حال قيام الجارية سبب لملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة وههنا انما يملك مالية المرهون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يفيد ملك المتعة في حال من الاحوال فكان بمنزلة ملك المنفعة ثم عدا لشبهة في المحل وهي في ستة مواضع على ما ذكرها جارية ابنه لقيام المقتضي للملك وهو قوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في كونها رجعية او بائنة والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم لان اليد التي كان بها مسلطا على الوطء باقية بعد فصارت الشبهة في المحل والممهورة في حق الزوج قبل القبض لقيام ملك اليد والمشتركة لقيام الملك في النصف والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن وقد ذكرنا وجهه ففي هذه المواضع لا يجب الحد بكل تقدير وهذان النوعان من الشبهة هو ان ماكان راجعا الى الفاعل والقائل وثم شبهة اخرى وهي التي تثبت بالعقد فانها عند ابي حنيفة رحمه الله تثبت به سواء كان العقد حلالا او حراما متفقا عليه او مختلفا فيه وسواء كان الواطئ عالما بالحرمة او جاهلا بها وعند العلماء الباقين لاتثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا اي هذا الذي ذكرنا من بيان نوعي الشبهة سهل تخريج الفروع على ذلك وهو واضح مما ذكرناه وقوله وقد نطق الكتاب يعني قوله تعالى فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى الى آخره وقوله ولا يعتبر قول المخالف فيه يريد قول الزيدية والامامية فان الزيدية يقول اذا طلقها ثلثا جملة لا يقع الا واحدة والامامية يقول انه لا يقع شيء اصلا لكونه خلاف السنة ويزعمون انه قول علي رضي الله عنه لانه خلاف لا اختلاف والفرق بينهما ان الاختلاف ان يكون الطريق مختلفا والمقصد واحد والخلاف ان يكون كلاهما مختلفا وقوله ولو قال ظننت انها تحل لي ظاهر وقوله في حق النسب يعني النسب باعتبار العلوق السابق على الطلاق لا النسب بهذا الوطء فانه لا يثبت وقوله

فرق بين الخلاف والاختلاف

وقوله وكذا اذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف مع ذلك اي كذلك الحكم اذا نوى من الفاظ الكناية ثلثا ثم وطئها في العدة لا يحد وان قال علمت انها حرام علي لان اختلاف الصحابة رضي الله عنهم لا يرتفع بنية الثلث فكانت الشبهة قائمة فلا يجب الحد وقوله ولاحد على من وطئ جارية ولده و ولد ولده يعني وان كان ولده حيا وقد يشير الى ذلك تعليل الكتاب وهو قوله والابوة قائمة في حق الحد وقوله وقد ذكرناه اي في باب نكاح الرقيق وقوله وكذا اذا قالت الجارية معطوف على قوله ولو قال ظننت انها تحل لي وقد قدمناه وقوله في الظاهر متعلق بقوله وكذا اي لا حد على العبد في ظاهر الرواية لان الفعل واحد فورود الشبهة في احد الجانبين يكفي لاسقاط الحد عن الآخر فان قيل يشكل هذا بما اذا زنى البالغ بصبية بحيث يجب الحد على البالغ دون الصبية مع ان الفعل هناك ايضا واحد اجيب بان سقوط الحد في جانب الصبية لم يكن باعتبار الشبهة بل باعتبار عدم الاهلية للعقوبات وكلامنا فيما اذا تمكنت في فعل واحد من احد الجانبين شبهة فان ذلك يؤثر في الجانب الآخر وان وطئ جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم لما بينا يعني قوله لانه لا انبساط في المال فيما بينهما فان قيل لم لم يجعل هذا كالسرقة يعني اذا سرق مال اخيه او اخته لا يقطع اجيب بان بعضهم هناك يدخل بيت بعض من غير استيذان ولا حشمة فلم يتحقق هناك الحرز والقطع دائر مع هتك الحرز واما ههنا فالحل دائر مع الملك او العقد ولم يوجد الملك ولا شبهته ولا العقد فيجب الحد والله اعلم **قوله** ومن زفت اليه غير امرأته هذا من باب الشبهة في المحل لان الفعل صدر منه بناء على دليل اطلق الشرع له العمل به وهو الاخبار بانها امرأته فجعل الملك كالثابت لدفع ضرر الغرور كمن اشترى جارية فوطئها ثم استحقت اعتبر الملك كالثابت لدفع الغرور كذلك ههنا ولهذا اذا جاءت بولد يثبت النسب ولو كان الشبهة في الفعل لما ثبت وكلامه واضح وقوله ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف

رحمه الله يعني انه يقول فيها ان احصانه لم يسقط بهذا الفعل لانه بنى الحكم على الظاهر فقد كان هذا الوطئ حلالا في الظاهر فلا يسقط به احصانه ووجه الظاهر ان الملك منعدم حقيقة فلم يبق الظاهر الا شبهة وبها يسقط الحد ولا يقام الحد على قاذفه وقوله لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها يعني فلا يصح مجرد النوم على فراشها دليلا شرعيا وكان مقصرا فيجب الحد وانما قال وقالت انا زوجتك لانها اذا اجابت بالفعل ولم تقل ذلك فواقعها وجب عليه الحد كذا في الايضاح ومن تزوج امراة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يجب عليه الحد اذا كان علم بذلك لان هذا عقد لم يصادف محله وكل عقد لم يصادف محله يلغو كما اذا اضيف الى الذكور وقوله وهذا لان محل التصرف بيان لقوله عقد لم يصادف محله لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وهذا المحل ليس محلا لحكمه لان حكمه الحل وهي من المحرمات * ولابي حنيفة رحمه الله ان العقد صادف محله لان محل التصرف ما يكون قابلا لمقصوده وهو التوالد ههنا وبنات آدم قابلة لذلك **قوله** وهذا المحل ليس محلا لحكمه قلنا ليس محلا لحكمه اصلا او في وقت دون وقت والاول ممنوع لانه كان محلا له في شريعة من قبلنا والثاني مسلم ولكن كونه محلا في الجملة لم لا يجوز ان يكون شبهة في درأ الحدود فان الفعل لم يقع زنا لا لغة ولا عرفا فان اهل اللغة لا يفصلون بين الزنا وغيره الا بالعقد والفرض وجوده واولاد اهل الذمة من محارمهم لا تنسب الى الزنا في العرف وهم يقرون على نكاح المحارم ولا يقرون على الزنا بل يحدون عليه واذا ثبت ان العقد صادف محله كان ينبغي ان ينعقد في حق جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل بتحريم الشرع في ديننا فتورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر قوله

قوله ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج اي في غير السبيلين كالتفخيذ والتبطين عزر لانه فعل منكر ليس فيه شئ مقدر * ومن اتى امرأة قبل يريد به اجنبية لانه اذا اتى امرأته او مملوكته في الموضع المكروه اي الدبر لا يحد حد الزنا عندهما ايضا وان كان محرما عليه وبه صرح في الزيادات لان من الناس من يستحله بقوله تعالى إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ من غير فصل بين محل ومحل اوعمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة رحمه الله ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد حد الزنا جلدا ان كان غير محصن ورجما ان كان محصنا وهو احد قولي الشافعي رحمه الله وقال في قول آخر يقتلان بكل حال اي سواء كانا محصنين اولم يكونا لقوله صلى الله عليه وسلم اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل * ولهما انه اي اللواطة في معنى الزنا وقيل اي كل واحد من العمل في الموضع المكروه وفعل اللواطة وفي بعض النسخ انهما في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء وهو مناط الحد في الزنا فيلحق به اللواطة بالدلالة لا بالقياس لان القياس لا يدخل فيما يدرء بالشبهات وله انه ليس بزنى لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار عليه والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك من الحبس في انتن المواضع حتى يموتا ولم يختلفوا في موجب الزنا فدل على انه ليس بزنى ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب بخلاف الزنا كذا هو اندر وقوعا من الزنى لانعدام الداعي في احد الجانبين يعني على ما هو الجبلة السليمة والداعي الى الزنا من الجانبين واذا لم يكن في معناه لا يلحق به دلالة فيبقى القياس والقياس في مثله باطل وما رواه من قتلهما او رجمهما محمول على السياسة او المستحل لكفره بذلك الا انه يعزر عنده اي عند ابي حنيفة رحمه الله لما بيناه انه ارتكب جريمة وليس فيه

حد مقدر قال في الزيادات والراي الى الامام ان شاء قتله ان اعتاد ذلك وان شاء ضربه وحبسه وقوله الا انه استثناء من قوله ولا هو في معنى الزنا* ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية اذ ليس فيه تضييع الولد ولا افساد الفراش ولا في وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه وانما تحمله على ذلك نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره اي ستر فرج البهيمة وانما اضمر عليه وان لم يسبق ذكره لان ذكر البهيمة يستلزمه فكان مرجعه حكميا الا انه يعزر لما بينا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر وما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من اتى بهيمة فاقتلوه شاذ لا يعمل به ولو ثبت فتاويله مستحل ذلك الفعل والذي يروى انه تذبح البهيمة وهو ما روي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه اتي برجل اتى بهيمة فامر بالبهيمة فذبحت واحرقت بالنار فذلك لقطع التحدث به كيلا يعير بها الرجل اذا كانت البهيمة باقية الا انه غير واجب **قوله** ومن زنى في دار الحرب ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا واقر عند الامام بالزنا لا يقام عليه الحد وقال الشافعي رحمه الله يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان مقامه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يقام الحدود في دار الحرب ووجه التمسك به انه عليه الصلوة والسلام لم يرد به حقيقة عدم الاقامة حسا لان كل واحد يعرف انه لا يمكن اقامة الحد في دار الحرب لانقطاع ولاية الامام عنها فكان المراد بعدم الاقامة عدم وجوب الحد فان قيل هذا الحديث يعارض بقوله تعالى فَاجْلِدُوا فلا يقبل اجيب بان مواضع الشبهة خصت من ذلك فيجوز التخصيص بعد ذلك بخبر الواحد والقياس لانه لم يبق حجة قطعية على هذا اطبق الشارحون وفيه نظر يعرف باستحضار قواعد الاصول وهو ان التخصيص بهما انما يصح بعد التخصيص بلفظ مقارن وليس في الآية بموجود ويجوز ان يقال حصل التخصيص بلفظ مقارن وهو قوله كل واحد منهما فان الضمير راجع الى الزاني والزانية والزنا وطئ الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته

وشبهته كما تقدم فخرج منه من لم يكن رجلا واذا خص مقارنا جاز التخصيص بعده بخبر الواحد والقياس وقوله ولان المقصود هو الانزجار يعني ان وجوب الحد ليس لعينه وانما هو الانزجار والانزجار يحصل بالاستيفاء والاستيفاء متعذر لانقطاع ولاية الامام فلو وجب الحد لعري عن الفائدة وذلك لا يجوز واذا لم ينعقد موجبا لايقام بعد ما خرج لئلا يقع الحكم بغير سبب وانث الضمير في قوله لانها لم تنعقد بتاويل الفاحشة قال الله تعالى وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً اوبتاويل الوطئة وقوله ولوغزا ظاهر وقوله في معسكره اشارة الى انه لوخرج من معسكره ودخل دار الحرب وزنى فيها ثم خرج لايقام عليه الحد والسرية قيل هم الذين يسرون بالليل ويخفون بالنهار ومنه خير السرايا اربع مائة وقوله واذا دخل حربي دارنا بامان حاصل اختلاف اصحابنا في هذه المسئلة شمول الوجوب في الذمي والذمية وشمول العدم في الحربي والحربية عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا الشمول لا يتغير بمغائرة احد الطرفين للآخر لكونه حربيا اوذميا اوذكرا اوانثى وعند محمد رحمه الله عدم التغير ثابت في جانب الحربي والحربية واما في جانب الذمي فيتفاوت بين الذكر والانثى فيما اذا اختلف حالهما حيث يحد الذمي ولا يحد الحربية وفي العكس لا يحدان وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا وقال آخر شمول الوجوب في الانواع كلها له ان المستأمن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا كما ان الذمي التزمها مدة عمره ومن التزم احكامنا تنفذ عليه كالمسلم والذمي ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا * فان قيل لوكان كذلك لاقيم عليه حد الشرب لانه من احكامنا اجاب بقوله بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته فان قلت فهو يعتقد اباحة قتل المسلم وقذفه فينبغي ان لايقتص منه ولا يحد بقذفه قلت المعنى باعتقاد الاباحة وهو ان يكون ذلك دينا وقتل النفس والقذف حرام في دينهم فاباحتهم ذلك ليس بدين وانما هو هوى تعصب ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان التزام الاحكام انما هو بالتزام القرار في الدار

لان الالتصاف بكونه من دارنا انما هوبذلك والحربي ما التزم ذلك لانه دخل لحاجة التجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به واذالم يصر من دارنا فكان دخوله لحاجة كان ملتزما من الاحكام مايرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما يدخل الا طامعا في الانصاف اي العدل لاجله على غيره يلتزم الانتصاف اي العدل لغيره عليه لان الغرم بازاء الغنم والقصاص وحد القذف من حقوق العباد فكان داخلا في الانتصاف واما حد الزنا فمحض حقوق الشرع فلايكون داخلا فيه فلما فرغا من الجواب عن قول ابي يوسف رحمه الله شرع في كل منهما في اثبات ما ذهب اليه فقال محمد رحمه الله الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمراة تابعة له على ما يأتي فامتناع الحد في حق الاصل فيما اذا زنى الحربي بذمية يوجب امتناعه في حق التبع والا فلا يكون تبعا فكان خلنا اما الامتناع في حق التبع فيما اذا زنى الذمي بحربية فلا يوجب امتناعه في حق الاصل والالكان مستتبعا وكان اصلا والغرض انه تبع وذلك خلف باطل نظير ذلك اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة فانه يحد البالغ دونهما لان الامتناع في حق التبع لا يستلزمه في حق الاصل وتمكين البالغة من الصبي والمجنون فانه لا يجب الحد عليهما لان الامتناع في حق الاصل يستلزمه في حق التبع ولابي حنيفة رحمه الله ان فعل الحربي المستأمن زنا حقيقة لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا ولهذا لوقذفه قاذف بعد الاسلام يلزمه الحد الا انه لا يقام عليه الحد لوجوب تبليغه مأمنه بقوله تعالى ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ واذا كان كذلك كان تمكين المرأة منه زنا لان التمكين من فعل الزنا زنا يوجب الحد بقوله تعالى اَلزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا فيجب الحد عليها لوجوب المقتضي وانتفاء المانع بخلاف الحربي لتحقق المانع وهو تبليغه مأمنه والمراد بالحرمات ترك الامتثال بالاوامر والانتهاء عن النواهي فان الكفار مخاطبون

مخاطبون بالعبادات من حيث الترك تضعيفا للعذاب عليهم وقوله على ما هو الصحيح
احترازعن قول بعض مشائخنا العراقيين رحمهم الله فانهم قالوا بكونهم مخاطبين بالشرائع كلها
العبادات والحرمات والمعاملات وقوله وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا اشارة
الى قول بعض اصحابنا رحمهم الله فانهم قالوا الكفار غير مخاطبين بالشرائع وقال شمس الائمة
السرخسي رحمه الله ومشائخ ديارنا يقولون انهم لا يخاطبون باداء ما يحتمل السقوط
من العبادات وقوله بخلاف الصبي والمجنون جواب عن مستشهد محمد رحمه الله على
ان سقوط الحد من الاصل يوجب السقوط من التبع ووجه ذلك ان هذا ليس نظير ما نحن
فيه لان الصبي والمجنون لا يخاطبان فلا يكون فعلهما زنا والتمكين من غير الزنا ليس بزنا
فلا يوجب الحد والحربي مخاطب ففعله زنا والتمكين من الزنا زنا يوجب الحد ونظير هذا
الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد رحمه الله لا تحد
قوله واذا زنى الصبي والمجنون صورة المسئلة ظاهرة ووجه قول زفر رحمه الله والشافعي
رحمه الله قياس احد الجانبين بالآخر فالا العذر من جانبها كما في صورة الاجماع لا يوجب
سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهو في الصورة المختلف فيها لا يوجب سقوطه
من جانبها والجامع ان كلا منهما مواخذ بفعله ودليلنا ظاهر بما ذكرنا آنفا لمحمد رحمه الله
فلا حاجة الى التكرار واعترض عليه من وجهين احدهما ان غير المحصن اذا زنى بالمحصنة
يجب الرجم عليها وان لم يجب على الرجل فعدم الرجم على الاصل لم يوجب عدمه
على التبع فليكن نفس الحد كذلك والثاني ان الصبي والمجنون اذا زنى بالمطاوعة
ينبغي ان يجب المهر عليه لان الوطئ لا يخلو عن احد الموجبين اما الحد واما المهر وقد
اورد في الذخيرة انه لا يجب عليه المهر فيما اذا طاوعته المرأة واجيب عن الاول بانه
لا يلزم من احصان الزاني احصان الزانية لان الاحصان موقوف على شرائط اخر ويلزم
من تحقق فعل الزنا منه تحققه منها بسبب التمكين لان تمكينها سبب لفعل الرجل

فيقام المسبب مقام السبب في حقها وعن الثاني بانا لو اوجبنا المهر على الصبي فيما اذا طاوعته لخلا الايجاب عن الفائدة لان لولي الصبي الرجوع عليها في الحال بمثل ذلك لانها لما طاوعته صارت امرأة للصبي بالزنا معها وقد لحقه بذلك غرم وصح الامر من المرأة لان لها ولاية على نفسها فلا يفيد الايجاب بخلاف ما اذا كانت مكرهة او صبية فان المكرهة ليست بامرأة والصبية لا يصح امرها لعدم ولايتها على نفسها فكانت بمنزلة المكرهة فايجاب المهر كان مفيدا ثمّ اذ ليس لولي الصبي حينئذ ان يرجع عليها بمثل ذلك وقوله ومن اكرهه السلطان الى آخره ظاهر وقوله وعليه المهر في ذلك يعني في كلتا الصورتين دعوى الرجل النكاح ودعواه المرأة فان قيل ينبغي ان لا يجب المهر اذا اقرت المرأة بالزنا لانها تنفي وجوب المهر فكيف وجب لها المهر وهي منكرة للنكاح اجيب بان النكاح يقوم بالطرفين والزوج يدعي النكاح فبدعواه النكاح انتفى الحد عنه في هذا الوطئ لانه في دعواه اما ان يكون مصدقا او مكذبا فان كان الاول ثبت النكاح حقيقة وان كان الثاني فاحتمال الصدق قائم لا محالة والاحتمال في باب الحدود ملحق باليقين احتياطا للدرء فيسقط الحد وسقوطه يستلزم وجوب المهر لان الوطئ لا يخلو عن غرامة او عقوبة واذا تحقق الملزوم بدون اختيارها تحقق اللازم كذلك فيثبت لها المهر وان ردته وقوله ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة انما وضع المسئلة في الجارية وامكان هذا الحكم وهو وجوب الحد مع الضمان لا يتفاوت بين الحرة والجارية فانه لو فعل ذلك مع الحرة وجب عليه الحد والدية على العاقلة لما ان شبهة عدم وجوب الحد على الزنا عند اداء الضمان انما ترد في حق الجارية لا في حق الحرة لان الامة تصلح ان تكون ملكا للزاني عند اداء الضمان بشبهة ان لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد كما اذا زنى بها فاذهب عينها وهو وجه قول ابي يوسف رحمه الله في هذه المسئلة وقوله وهو على هذا الاختلاف اى شراء الجارية بعد الزنا بها قبل اقامة الحد على هذا الاختلاف عند ابى حنيفة و

ومحمد رحمهما الله يحد خلافا لابي يوسف رحمه الله فكان رد المختلف الى المختلف لكن الخلاف في المشتراة بعد الزنا مذكور في ظاهر الرواية بخلاف ما نحن فيه ولهما ان هذا الضمان ضمان قتل وضمان القتل لا يوجب الملك لانه ضمان دم والدم مما لا يملك ويمكن ان يقرر هكذا لانه ضمان دم وضمان الدم يجب بعد الموت والميت ليس بمحل للملك وقوله ولو كان يوجبه يعني سلمنا ان ضمان القتل يوجب الملك لكن انما يوجبه في العين كما ذكرتم في هبة المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت وتلاشت فلم تكن قابلة للملك حالة الضمان ولا مستندا لان المستند لا يظهر في المعدوم والمنافع المستوفات معدومة قيل فليكن الملك ثابتا بطريق التبيين لئلا يشترط الوجود كما في الحيض درء في باب الحدود واجيب بان التبيين انما يكون في حكم مغيا بغاية ينتظر الوصول اليها فان وصل حكم بثبوته والا فلا كما في الحيض وليس ما نحن فيه كذلك وقوله وهذا بخلاف ما اذا زنى بها جواب لصورة يمكن ان يستشهد بها ابو يوسف رحمه الله كما قدمنا وتقريره ان الزاني بالضمان يملك الجثة العمياء لكونها قابلة للملك اذ هي عين موجودة فتورث الشبهة وهذا الجواب انما يستقيم على اصل الجواب دون التنزل فان لقائل ان يقول الملك يثبت في الجثة العمياء مستندا فلا يظهر في المستوفى اعني المنافع لكونها معدومة واما اذا نظرت الى اصل الجواب وهو قوله انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم وهو ليس بعين تملك فانه صحيح ويجوز ان يقال بالنظر الى التنزل ايضا فان الملك وان كان تاما فيه ايضا لكن فيه شبهة العدم فيكون في المنافع شبهة الشبهة وهي غير معتبرة ولا كذلك في الجثة العمياء لثبوت الملك فيها حقيقة فتكون في المنافع الشبهة وهي معتبرة لكن ليس في كلام المصنف ما يشير الى هذا اصلا وكل شئ صنعه الامام الذي ليس فوقه امام وفسره ابو الليث بالخليفة فلا حد عليه الا القصاص فانه يوخذ به وبالاموال لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره قال صلى الله

عليه وسلم اربع الى الولاة وعد منها اقامة الحدود وكلامه واضح واما حد القذف فالمغلب
فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى ولقائل ان يقول
لوكان المغلب فيه حق الشرع لوجب ان لا يحد المستامن اذا قذف كما لو زنى وقد تقدم
انه يحد لانه حق العبد والجواب ان قذف القاذف يشتمل على حقين لا محالة فيعمل بكل
منهما بحسب ما يليق به وما يليق بالحربي ان يكون حق العبد لامكان الاستيفاء وما يليق
بالامام ان يكون حق الله تعالى لانه ليس فوقه امام يستوفيه منه والله اعلم بالصواب *

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قد ذكرنا ان ثبوت الزنا عند الامام انما يكون باحد شيئين لاغير وهما الاقرار والشهادة
واخر الشهادة ههنا عن الاقرار لقلة ثبوت الزنا بالشهادة وندرته حتى لم ينقل في السلف
ثبوت الزنا عند الامام بالشهادة اذ رؤية اربعة رجال عدول على الوصف المذكور كالميل
في المكحلة كما في الكلاب في غاية الندرة **قوله** واذا شهد الشهود بحد متقادم اذا شهد
الشهود بحد متقادم ولم يكونوا بعيدين عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف
خاصة واعاد لفظ الجامع الصغير لاشتماله على زيادة ايضاح هي تعديد ما يوجب
الحد صريحا من السرقة وشرب الخمر والزنا وزيادة الحين الذي استفاد منه بعض المشائخ
رحمه الله قدرستة اشهر في التقادم وزيادة اثبات الضمان في السرقة ثم كما لا يحد المشهود
عليه لا يحد الشهود ايضا حد القذف في الشهادة بالزنا لان عددهم متكامل والاهلية
للشهادة موجودة وذلك يمنع ان يكون كلامهم قذفا وكلامه واضح ومعنى قوله مخير بين حسبتين
اجرين مطلوبتين له يقال احتسبت بكذا اجرا والاسم الحسبة بكسر الحاء وهي الاجر
والجمع الحسب وقوله بخلاف حد السرقة جواب عما يقال الدعوى شرط في السرقة كما
في حقوق العباد ومع ذلك لو شهد الشهود بسرقة متقادمة لم تقبل فعلم بهذا ان قبول الشهادة

الشهادة في حقوق العباد بعد التقادم لم يكن لاشتراط الدعوى، وجهه لا نسلم ان الدعوى شرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر والدعوى ليست بشرط فيه وانما هي شرط للمال وهو حق العبد وقوله ولان الحكم يدار جواب آخر وتقريره ان المعنى المبطل للشهادة في التقادم الحدود الخالصة حقا لله تعالى وهو تهمة الضغينة والعداوة وذلك امر باطن لا يطلع عليه فيدار الحكم على كون الحد حقا لله تعالى سواء وجد ذلك المعنى في كل فرد اولا كما ادير الرخصة على السفر من غير توقف على وجود المشقة في كل فرد من افراده وقوله ولان السرقة جواب آخر ووجهه ان السرقة تقام على الاستسرار لانها توجد في ظلم الليالي غالبا على غفلة من المالك فلا يكون المسروق منه عارفا بالشهادة حتى يستشهد بالشاهد فيجب على الشاهد اعلامه فاذا اكتمه صار آثما وقوله ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة ظاهر وقوله لان الامضاء اي الاستيفاء من القضاء لان المقصود من القضاء في حقوق العباد اما اعلام من له القضاء او التمكين لمن له القضاء من الاستيفاء بالقضاء وهذان المعنيان يحصلان بمجرد القضاء فلم يتوقف تمامه الى الاستيفاء واما الله تعالى في حقوقه فمستغن عن هذين المعنيين فكان المقصود منها النيابة عن الله تعالى في الاستيفاء فلذلك كان الاستيفاء من تتمة القضاء في حقوق الله تعالى واختلفوا في حد التقادم واشار في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين كما ذكرنا وهكذا اشار الطحاوي رحمه الله وابو حنيفة رحمه الله لم يقدر في ذلك ذكر الناطفي في الاجناس عن نوادر المعلى قال ابو يوسف رحمه الله جهدنا على ابي حنيفة رحمه الله ان يوقت في ذلك شيئا فابى وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر وعن محمد رحمه الله انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله ذكر في المجرد قال ابو حنيفة رحمه الله لو سأل القاضي متى زنى بها فقالوا منذ اقل من شهر اقيم الحد وان قالوا شهر او اكثر درء الحد قال الناطفي فقد قدره على هذه الرواية بشيء وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اصله مسئلة

اليمين حلف ليقضين دين فلان عاجلا فقضاه فيما دون الشهر برّ في يمينه وقوله وهو الاصح يعني تقدير التقادم منه بشهر وقوله وهذا اي الذي قلنا من تقدير التقادم بشهر اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان فانها تقبل لان المانع بعدهم عن الامام فلا يتحقق التهمة **قوله** واذا شهدوا على رجل اذا شهدوا على رجل انه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وكذا اذا اقر بذلك وان شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة تنعدم الدعوى لانها لاتصح على الغائب وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبرة بالموهوم لانه شبهة الشبهة والمعتبر هي الشبهة دون النازل عنها لئلا ينسد باب اقامة الحد وبيان ذلك انها لو كانت حاضرة وادعت النكاح سقط الحد لمكان شبهة الصدق مع احتمال الكذب فاذا كانت غائبة كان الثابت عند غيبتها احتمال وجود الشبهة وهو المعنى بشبهة الشبهة وهذا بخلاف ما اذا كان احد اولياء القصاص غائبا فانه لا يستوفى حتى يحضر الغائب لاحتمال ان يحضر الغائب فيقر بالعفو لانه لو حضر واقر به سقط القصاص بحقيقة العفو لا بشبهته فاذا كان غائبا يثبت شبهة العفو لا شبهة الشبهة وان شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امرأته او امته بل هو الظاهر لان الظاهر من حال المسلم ان لا يزني والشهود لا يفصلون بين زوجته وامته وبين غيرهما الا بالمعرفة فاذا لم يعرفوها لا يمكن اقامة الحد بشهادتهم وان اقر بذلك اي بالزنا بامرأة لا يعرفها حد لانه لا يخفى عليه امرأته او امته وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران انها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما اي لاتفاق الفريقين على الموجب للحد وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها فان الموجب لم يتحقق لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها فلم يثبت لاختلافهما فيه وعدم الوجوب في حقها لمعنى غير مشترك لايمنع الوجوب في حق الرجل عند وجود الموجب في حقه كما في وطى الصغيرة

الصغيرة المشتهاة والمجنونة ولابي حنيفة رحمه الله ان المشهود به قد اختلف لان الزنا فعل واحد يقوم بهما وكلما هو فعل واحد يقوم بهما لا يتصف بوصفين متضادين وهؤلاء اثبتوا له وصفين متضادين لان الطوع يوجب اشتراكهما في الزنا والكره يوجب انفراد الرجل به واجتماعهما متعذر فكان كل واحد منهما خلاف الآخر فاختلف المشهود به ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة وقوله ولان شاهدي الطواعية دليل آخر وتقريره لان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لعدم نصاب الشهادة والقاذف خصم ولا شهادة للخصم واذا انتفت بشهادتهما نقص نصاب الشهادة فلا يقام بها الحد وكان ذلك يقتضي اقامة حد القذف على شاهدي الطواعية ولكن سقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الكره لان زناها مكرهة يسقط احصانها لوجود حقيقة الزنا منها لكن لا تأثم بسبب الاكراه وقوله وان شهد اثنان انه زنى بامرأة بالكوفة ظاهر وقوله خلافا لزفر رحمه الله يعني انه يقول يحدون لان شهادتهم لم تقبل لنقصان العدد فصار كلامهم قذفا كثلثة شهدوا على رجل بالزنا فانهم يحدون حد القذف ولنا ما ذكره بقوله لشبهة الاتحاد يريد شبهة اتحاد المشهود به تقريره ان الشبهة دارئة في الحدود بالحديث وقد وجدت لانهم شهدوا ولهم اهلية كاملة وعدد كامل على زنا واحد صورة في زعمهم نظرا الى اتحاد صورة النسبة الحاصلة منهم واتحاد المرأة وانما جاء الاختلاف بذكر المكان فثبت شبهة عدم الاتحاد في المشهود به فيندرئ الحد قيل والحاصل انها شهادة من وجه دون وجه فبالنظر الى الاول لم يحد الشهود وبالنظر الى الثاني لم يحد المشهود عليه وقوله وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة ظاهر ولا يقال بان ذلك احتيال لوجوب الحد والحدود يحتال لدرءها لا لاثباتها لان هذا احتيال لقبول الشهادة والشهادة حجة يجب تصحيحها ما امكن ثم اذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد فان كان كذلك فما بالكم لم تصححوا الشهادة في مسئلة الاكراه والطواعية على مذهب ابي حنيفة رحمه الله بان يحمل على ان يكون ابتداء الفعل عن الاكراه وانتهاؤه عن طوع اجيب بان

كل ماذكر في مسئلة الاكراه والطواعية لا يتفاوت بين ان يكون اكراها من اوله الى آخره وبين ان يكون اوله اكراها وآخره طوعا لان الاكراه مسقط للحد عن المرأة سواء كان فعل الزنا من اوله الى آخره اكراها او اوله اكراها وآخره طوعا فلما كان كذلك كان في شهادتهم اختلاف المشهود به كما ذكرنا ه **قوله** وان شهدا ربعة انه زنى بامرأة بالنخيلة تصغير النخلة التي هي واحدة النخل موضع قريب من الكوفة والياء المفتوحة والجيم تصحيف لانها اسم حي من اليمن وديرهند لايساعد عليه لانه ايضا موضع قريب من الكوفة وكلامه واضح وقوله فلاحتمال صدق كل فريق يعني ان احتمال الصدق في كلام كل من الفريقين قائم وشبهة الزنا تمنع وجوب الحد على القاذف وقوله درئ الحد عنهما وعنهم يوضح ان الزنا لا يتحقق مع البكارة وشهادة النساء حجة فيما لا اطلاع للرجال عليه خصوصا في اسقاط الحد فيسقط عنهما واما عنهم فلانه تكامل نصاب الشهادة وانما امتنع حكمها بقول النساء ولامدخل بقولهن في اثبات الحدود وقوله فان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان ظاهر وقوله لان الزنا يثبت بالاداء اي يظهر عند الامام باداء الشهود الشهادة ولا اداء للعبيد والعميان والمحدودين في القذف لا كاملا ولا ناقصا فانقلب شهادتهم قذفا لانهم نسبوهما الى الزنا ولم يكن نسبتهما الى الزنا شهادة فكان قذفا ضرورة وقوله لان الفاسق من اهل الاداء والتحمل يعني بالنص قال الله تعالى إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا فالامر بالتثبيت دليل على ان الفاسق من اهل الاداء لانه لولم يكن اهلا لما امره بالتبيين الا يرى ان العبد اذا شهد يؤمر بالرد لا بالتثبيت وذكر الامام قاضيخان رحمه الله ان الشهود ثلثة شاهد له اهلية التحمل والاداء بصفة الكمال وهو العدل وشاهد له اهلية التحمل والاداء لكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق وشاهد له اهلية التحمل وليس له اهلية الاداء كالاعمى والمحدود في القذف ولهذا ينعقد النكاح بهما وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا لانهم قذفوا اذلا حسبة عند نقصان العدد فان الشاهد مخير بين حسبتين على

على مامر وههنا لم يوجد منه حسبة الستر وهو ظاهر ولا حسبة اداء الشهادة ايضا لنقصان
عددهم فان الله تعالى قال وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ
ثَمَانِينَ جَلْدَةً واذا لم يوجد الحسبة ثبت القذف لان خروج الشهادة عن القذف انما
كان باعتبار الحسبة وقوله وان شهدا ربعة على رجل بالزنا ظاهر وقوله وعندهما يضمنون
يعني ارش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات وقوله وصار كالرجم والقصاص يعني
اذا شهد الشهود فرجم المشهود عليه او قتل ثم رجعوا يضمنون الدية ووجه ابي حنيفة
رحمه الله ظاهر وقوله في الصحيح يعني في الصحيح عن الرواية وذكر في مبسوط فخر الاسلام
ولو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لانه ليس بمامور بهذا الوجه لانه امر
بضرب مولم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد منه الضرب على هذه الوجوه وقع فعله
تعديا فيجب عليه الضمان وذكر في الايضاح في هذه المسئلة لابي حنيفة رحمه الله وجها
حسنا وهو ان الاضافة الى الشهود من حيث الايجاب دون الايجاد والاثر الحاصل
موجب وجود الضرب لا موجب وجوبه فلم يكن مضافا الى الشهادة فلا يجب
عليهم الضمان وقوله لما فيهما من زيادة شبهة معناه لما فيهما من شبهة زادت على الاصل
لم تكن فيه لان الكلام اذا تداولته الالسنة يمكن فيه زيادة ونقصان
وقوله اذهم قائمون مقامهم اي الفروع مقام الاصول فكان ردًا لشهادة الاصول وذلك
لان الموضع الذي يقبل فيه شهادة الفروع يقبل شهادة الاصول ففي الموضع الذي
ترد يتعدى ردها الى شهادة الاصول من وجه وذلك شبهة وقوله ولا يحد الشهود يعني
الاصول والفروع لان عددهم متكامل والاهلية موجودة وامتناع الحد عن المشهود عليه
لنوع شبهة وهو شبهة عدم التحميل في الفروع وشبهة الرد في الاصول وهي كافية للدرء
لا لايجابه لان الشبهة مسقطة للحد لا موجبة له **قوله** واذا شهد اربعة على رجل بالزنا هذا شروع
في بيان الرجوع عن الشهادة في الزنا وكلامه واضح وقوله لانه ان كان قاذف حي فقد

بطل بالموت يعني لان حد القذف لايورث وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي وذلك وان لم يسقط الاحصان فلا اقل من ايراث الشبهة والحد يبطل بها ولنا ان الشهادة تنقلب قذفا بالرجوع عنها لانها تنفسخ به فاذا انفسخت كانت قذفا لانتفاء الحسبتين جميعا فجعل للحال قذفا للميت فاذا انقلبت قذفا فقد انفسخت حجتها واذا انفسخت حجتها انفسخ ماينبني عليها وهو القضاء واذا انفسخ القضاء اندفع القول بكونه مرجوما بحكم القاضي فلا يسقط الاحصان ولا يورث الشبهة فيجب حد قاذفه لكن قيد بقوله في حقه لانه زعم ان شهادته ليست بحجة وزعمه في حق نفسه معتبر بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه لان قضاء القاضي في زعمه صحيح متقرر فكان قذفه واقعا في حق غير المحصن فلا يجب حد القذف ولقائل ان يقول القضاء لوكان قائما في زعمهما وجب الحد لامحالة فاذا كان قائما في زعم دون زعم كان قائما من وجه دون وجه ومثله يورث الشبهة الدارية للحد واعترض ايضا بان احد الشهود لوظهر عبدا بعد الرجم لم يحد الشهود حد القذف بالاجماع ولوظهر احدهم عبدا بعد الجلد حدوا وماذلك الالان القذف ان ثبت بالشهادة ثبت من وقت الشهادة كما قال زفر رحمه الله ومن قذف حيا ثم مات المقذوف لا يحد القاذف واجيب بان احدهم اذا ظهر عبدا علم ان شهادتهم لم تكن شهادة بل كانت قذفا في ذلك الوقت لعدم اهلية الشهادة لان العبد لا شهادة له فان كان الحد جلدا فقد قذف حيا فيحدوا ان كان رجما فقد قذف حيا ثم مات فلايحد بخلاف مانحن فيه فانها كانت شهادة في ذلك الوقت وبالرجوع انقلبت قذفا بعد الموت فكان قاذفا للميت فيحد وقوله فان لم يحد المشهود عليه ظاهر وقوله ولنا ان كلامهم قذف في الاصل يعني لكونه صريحا فيه لكن سلب عنه ذلك اذا صار شهادة وانما تصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقي قذفا وهذا يناقض ماتقدم لانه قال هناك ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع وههنا قال انها قذف وانما تصير شهادة باتصال القضاء بها ويمكن ان

ان يجاب عنه بانه لا منافاة بينهما لانه قذف في الاصل وانما تصير شهادة باتصال القضاء به ثم يعود الى ما كان بالرجوع وعلى هذا لا يرد قول من يقول ان فيما قال اصحابنا مواخذة من لم يرجع بذنب من رجع وقد قال الله تعالى وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى لان الكل قذفة عند عدم اتصال القضاء بالشهادة فكل منهم مواخذ بذنبه لا بذنب غيره وقوله وان كانوا خمسة فرجع احدهم يعني بعد الرجم لان وضع المسئلة في ذلك وقوله فلما ذكرنا اشارة الى ما قال من قبل ولما ان الشهادة انما تنقلب قذفا الى آخره ومعناه يحدان جميعا لانه لما رجع الثاني لم يبق من الشهود من يتم به الحجة وقد انفسخت الشهادة في حقهما بالرجوع فيحدان فان قيل الاول منهما حين رجع لم يجب عليه حد ولا ضمان فلو لزمه ذلك لكان لزومه برجوع الثاني ورجوع غيره لا يكون ملزما اياه الحد اجيب بان الحد لم يجب لا لانعدام السبب بل لوجود المانع وهو بقاء الحجة التامة فاذا زال المانع برجوع الثاني وجب الحد على الاول بالسبب المتقرر لا بزوال المانع ولو اعتبرنا هذا المانع لوجب القول بانهم لو رجعوا معا لم يحد واحد منهم لان في حق حد منهم لا يلزمه شيء برجوعه وحده لو ثبت اصحابه على شهادة نفسه وهذا بعيد

قوله وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا التزكية من زكى نفسه اذا مدحه وتزكية الشهود الوصف بكونهم ازكياء وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فظهر الشهود مجوسا او عبيدا فالدية على المزكين عند ابي حنيفة رحمه الله معناه فاذا رجعوا عن التزكية وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو اي الضمان على بيت المال ولما كان قوله رجعوا عن التزكية محتملا ان يكون الرجوع بان يقولوا اخطأنا وذلك لا يوجب الضمان بالاتفاق وان يكون بان يقولوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم وهو محل النزاع فان قيل هذا اذا قالوا يعني لو قالوا اخطأنا لما وجب الضمان بالاتفاق ق لا المزكون ما اثبتوا سبب الاتلاف لانه هو الزنا وما تعرضوا له وانما اثنوا على الشهود خيرا فكان كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا فكانوا في المعنى كشهود الاحصان الان اولئك اثبتوا خصالا حميدة في الزاني وهؤلاء اثبتوا خصالا حميدة

في الشاهد فكذا الاضمان على اولئك فكذلك على هؤلاء وقوله وله ان الشهادة ظاهر وقوله هذا يعني وجوب الضمان على قول ابيحنيفة رحمه الله وقوله لانه لم يقع كلامهم شهادة فيه نظر لما تقدم ان كلام كل منهم يصير شهادة باتصال القضاء به وقد اتصل به القضاء فما وجه قوله لانه لم يقع كلامهم شهادة والجواب ان القضاء لما ظهر خطاؤه بيقين صار كأن لم يكن فلم يتصل القضاء كلامهم فلم تصر شهادة فان قيل فلم لايحد الشهود قلت لانهم قذفوا حيا ثم مات فلا يورث عنه واليه الاشارة في الكتاب لايقال لم لم يجعل قذفا للميت للحال بطريق الانقلاب كما في صورة الرجوع عن الشهادة لانا نقول علة الانقلاب الرجوع عن الشهادة ولم يوجد فان قيل لم لايكون ظهورهم عبيدا او مجوسا علة للانقلاب كالرجوع فالجواب ان الانقلاب صيرورة الشهادة قذفا وكلامهم لم يقع شهادة وقوله وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل اى ان القضاء وجد صورة وصورة قضاء القاضي يكفي لايراث الشبهة لانه لوكان حقيقة كان مبيحا للدم فصورته يمكن شبهة كالنكاح الفاسد يجعل شبهة في اسقاط الحد ولهذا لايجب القصاص على الولي اذا جاء المشهود بقتله حيا و **قوله** وان رجم على بناء الفاعل اى الرجل الذي ضرب عنقه لم يضربه وانما رجمه ثم وجدوا اى الشهود عبيدا فالدية على بيت المال لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اى فعل الراجم الى الامام ولو باشره الامام بنفسه وجبت الدية في بيت المال لما ذكرنا ان فعل الجلاد ينتقل الى القاضي وهو عامل للمسلمين فيجب الغرامة في مالهم كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر امره لانه امره بالرجم دون حز الرقبة فلم ينتقل فعله اليه واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر الى موضع الزنا من الزانيين قبلت شهادتهم كما ذكر في الكتاب وهو واضح وفي الجامع الصغير لشمس الايمة السرخسي رحمه الله قال بعض العلماء لاتقبل شهادتهم لاقرارهم على انفسهم بالفسق فان النظر الى عورة الغير قصدا فسق وانما يقبل شهادتهم اذا لم يبينوا كيفية النظر لاحتمال ان يكون ذلك وقع اتفاقا لاقصدا ولكنا نقول النظر

النظر الى عورة الا عند الحاجة يجوز شرعا فان الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن لمعرفة البكارة وبالشهود حاجة الى ذلك لانهم مالم يروا كالرشاء في البير والميل في المكحلة لا يسعهم ان يشهدوا وقوله واذا شهد اربعة على رجل بالزنا ظاهر وقوله والاحصان يثبت بمثله اي بمثل هذا الدليل الذي فيه شبهة الا يرى انه يثبت بشهادة رجل وامرأتين عندنا فكذلك ههنا يثبت الدخول الذي هو من شروط الاحصان بالحكم بثبات النسب وقوله خلافا للزفر والشافعي رحمهما الله فالشافعي رحمه الله مر على اصله وزفر رحمه الله جعل الاحصان شرطا في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة ويترتب على ذلك امران احدهما ما ذكره في الكتاب ان شهادة النساء لاتقبل فيه والثاني ان شهود الاحصان اذا رجعوا بعد الرجم يضمنون عنده على ماسيأتي لان شهود العلة يضمنون عند الرجوع بالاتفاق وقوله فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي الخ يعني ان الزاني لوكان مملوكا لذمي وهو مسلم فشهد ذميان ان مولاه الذمي اعتقه قبل الزنا لم يرجم مع ان شهادة اهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة لكن لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة اهل الذمة فهذا مثله وقوله لما ذكرنا يعني ان الاحصان شرط في معنى العلة ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة والحال انه مانع عن الزنا على ما ذكرنا قبل باب الوطئ الذي يوجب الحد فيكون الكل مزجرة وكل ماكان مانعا عن الزنى لا يكون علة للعقوبة الغليظة وصار كما اذا شهدوا به اي بالنكاح في غير هذه الحالة يعني لو شهد رجل وامرأتان ان فلانا تزوج هذه المرأة ودخل بها في غير حالة الزنا قبلت شهادتهم فكذلك ههنا بخلاف ما ذكر يعني زفر رحمه الله من شهادة الذميين على ذمي انه اعتق عبده قبل الزنا لان العتق هناك يثبت ايضا بشهادتهما وانما لا يثبت بسبق التاريخ لانه تاريخ ينكره

المسلم او يتضرر به من حيث اقامة العقوبة الكاملة عليه وما ينكره المسلم او يتضرر به لا يثبت بشهادة اهل الذمة فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولا بجواز شهادة الكافر على المسلم وقوله فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون احد الامرين المبنيين على الاصل الذي ذكرناه من قبل *

باب حد الشرب

انما اخر حد الشرب عن حد الزنا لان جريمة الزنا اشد من جريمة شرب الخمر فانه بمنزلة قتل النفس فان الله تعالى قرن ذكره بعبادة الاصنام وقتل النفس حيث قال الله تعالى وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَٰهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ ولهذا لم يحل في دين من الاديان واخر حد القذف عن حد الشرب لما ان جريمة الشارب متيقن بها بخلاف جريمة القاذف فان القذف خبر محتمل بين الصدق والكذب ولهذا كان ضرب حد القذف اخف من ضرب حد الشرب اضعف في ثبوت القذف لجواز ان يكون صادقا في نسبته الى الزنا فلا يكون قذفا ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجود اوجاؤا به سكران فشهد الشهود عليه اي على الشارب بذلك اي بشرب الخمر ووجد الرائحة من باب قوله تعالى عَلَىٰ أَن بَيْنَ ذَٰلِكَ اوشهدوا على شرب الخمر مع مجيئهم به وهو سكران فعليه الحد وظاهره يقتضي ان لا يشترط الرائحة بعد ما شهد الشهود عليه بالسكر من الخمر ولكن الروايات في الشروح مقيدة بوجود الرائحة في حق وجوب الحد على شارب الخمر عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله سواء ثبت وجوب الحد بالشهادة او بالاقرار والاصل فيه اي في وجوب الحد قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه قيل تمام الحديث فان عاد فاقتلوه وهو متروك العمل به فليكن الباقي كذلك واجيب بانه ترك العمل بذلك لمعارض وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرء مسلم الا باحد معان ثلث وليس شرب

شرب الخمر منها فبقي الباقي معمولا به لعدم المعارض وقوله فان اقر بعد ذهاب رائحتها واضح
وقوله غير انه مقدر بالزمان عنده اي عند محمد رحمه الله وهو الشهر اعتبارا بحد الزنا
وقوله وهذا يعني تقدير الزمان وعدم اعتبار الرائحة لان التاخير يتحقق بمضي الزمان
فلابد من تقدير زمان واما ان ذلك ستة اشهر او شهر واحد فيعلم في موضع آخر واما
عدم اعتبار صحة الرائحة فلانها محتملة ان تكون من غيرها كما قيل (شعر) يقولون
لي انكه قد شربت مدامة * فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا * وهذه الرواية وهي
رواية المطرزي بكلمة قد وقد روي بدونها وهي رواية الفقهاء فعلى الاولى تسقط
همزة الوصل من انكه في اللفظ وعلى الثانية تحرك بالكسر لضرورة الشعر والمدامة
بمعنى المدام وهو الخمر وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه
فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان المعتبر في ذلك القرب وقيام الاثر وهو الرائحة
من اقوى الدلائل على القرب وقوله وانما يصار الى التقدير بالزمان جواب عن اعتبار
الزمان اي انما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار الاثر وقوله والتمييز
بين الروائح ممكن للمستدل جواب عن قوله والرائحة قد تكون من غيره هذا
بالنسبة الى الاثبات بالبينة واما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد رحمه الله كما
في حد الزنا على ما مر وتقريره ان الانسان لا يكون متهما بالنسبة الى نفسه وعندهما
لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم
ولا اجماع الا برأي ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط قيام الرائحة على ما رويناه يعني
قوله فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وفيه نظر لان الاجماع انعقد على ثبوت حد الشرب
باتفاق ابن مسعود رضي الله عنه ولكن لا دليل على ان الشرط الذي شرطه ابن
مسعود رضي الله عنه وهو قيام الرائحة اجمع عليه الباقون وايضا كلام ابن مسعود
رضي الله عنه شرطية والشرطية تفيد الوجود عند الوجود لا غير وجواب الامام فخر الاسلام

بان العدم عند العدم ليس من مفهوم الشرط بل من انتفاء المجمع عليه مدفوع بما ذكرنا اولا وايضا ذكر في اول الباب انه ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه وقال ههنا انه ثابت باجماع الصحابة رضي الله عنهم وهما متنافيان وايضا اشتراط الرائحة مناف لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه وقوله وريحها يوجد منه ظاهر **قوله** ومن سكر من النبيذ حد النبيذ يقع على نبيذ الزبيب والتمر وما يتخذ من الزبيب شيئان نقيع ونبيذ فالنقيع ان ينقع الزبيب في الماء ويترك اياما حتى يخرج حلاوته الى الماء ثم يطبخ ادنى طبخة فما دام حلوا يحل شربه واذا غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم واما النبيذ هي التي من ماء الزبيب اذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه ما دام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد على قول ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله الآخر يحل شربه مادون السكر وعند محمد والشافعي رحمهما الله لا يحل وما يتخذ من التمر ثلثة السكر والفضيخ والنبيذ فالنبيذ هو ماء التمر اذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه في قولهم ما دام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يحل شربه للتداوي والتقوي الا القدح المسكر وقال محمد والشافعي رحمهما الله لا يحل واختلفوا في وجوب الحد وسيجيء بيانه في الاشربة واما الكلام في حد السكران ومقدار حده فسنذكره ان شاء الله تعالى وقوله ولاحد على من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها يعني اذا لم يشاهد منه الشرب لان الرائحة محتملة فان قيل هذا التعليل مناقض لما ذكر قبله وهو قوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل اجيب بان الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء او التمييز ممكن لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه واقول والجواب الثاني احسن لاشتماله على تفسير المستدل فانه يدل على ان المستدل هو من معه دليل وهو معاينة الشرب والجاهل هو من ليس معه ذلك ويجوز ان يكون قوله لان الرائحة محتملة على مذهب محمد رحمه الله وقوله وكذا الشرب قد يقع عن اكراه او اضطرار على قولهما ولا يحد السكران

السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك والذي ذكره من اباحة البنج موافق لعامة الكتب خلا رواية الجامع الصغير للامام المحبوبي فانه استدل على حرمة الاشربة المتخذة من الحبوب كالحنطة والشعير والذرة والعسل وغيرها وقال السكر من هذه الاشربة حرام بالاجماع لان السكر من البنج حرام مع انه ماكول فمن المشروب اولى كذا ذكره صاحب النهاية وليس بصحيح لان رواية الجامع الصغير للامام المحبوبي تدل على ان السكر الحاصل من البنج حرام لا على ان البنج حرام وكلام المصنف رحمه الله يدل على ان البنج مباح و لاتنافي بينهما وحد الخمر وحد السكر من غير الخمر في الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رضي الله عنهم يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر فيه انه يضرب كل البدن ما خلا الوجه والراس والفرج ثم يجرد عن ثيابه في المشهور من الرواية وعن محمد رحمه الله انه لا يجرد عن ثيابه اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص اي بالحد نص قاطع او بالتجريد نص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة يعني من حيث العدد ولم نجعله مائة كما في الزنا فلا يعتبر ثانيا وفيه بحث من وجهين الاول انه ليس لاحد من المجتهدين التصرف في المقدرات الشرعية والثاني ان الثمانين تغليظ لا تخفيف لانه روي انهم ضربوا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالاكمام وبالايدي وغير ذلك ثم جلد ابوبكر رضي الله عنه اربعين ثم جلد عمر رضي الله عنه اربعين فالتقدير بعد ذلك بثمانين تغليظ لا تخفيف والجواب ان قوله انا اظهرنا التخفيف كلام عن لسان المجمعين والتخفيف انما هو باعتبار ان الله تعالى جاز له ان يقدر حد الشرب مائة كحد الزنا اذ هو الفاعل المختار وحيث لم ينص على مقدار معين كان تخفيفا منه ولما جعله الصحابة رضي الله عنهم معتبرا بحد المفترين ظهر التخفيف فلم يقدروا بشيء وانما ظهروا التخفيف الذي كان ثابتا بترك التنصيص واليه اشار بقوله اظهرنا التخفيف ولله در لطائفه وقوله ومن اقر بشرب الخمر والسكر بفتحتين وهو

عصير الرطب اذا اشتد وقيل السكر كل شراب اسكر ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت
بالاقرار مرة واحدة وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف وزفر رحمهما الله
يثبت باقراره مرتين في مجلسين اعتبار العدد الاقرار بعدد الشهود وهو نظير الاختلاف في السرقة
وسنبينها هناك ان شاء الله تعالى **قوله** ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لا تقبل
شهادة النساء مع الرجال في حد الشرب ايضا لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال
والنسيان يشير الى ذلك كله قوله تعالى فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ الى
قوله اَنْ تَضِلَّ اِحْدٰىهُمَا فَتُذَكِّرَ اِحْدٰىهُمَا الاُخْرٰى وانما قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية
لان استشهاد النساء في المواضع التي جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة العجز عن
استشهاد الرجال بخلاف سائر الابدال ولكن فيه صورة البدلية من حيث النظم والسكران
الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة هذا لفظ
الجامع الصغير وليس فيه بيان الخلاف قال المصنف رحمه الله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه اي يكون غالب كلامه الهذيان وان كان بصفة مستقيمة فليس
بسكران لانه السكران في العرف واليه اي الى قولهما مال اكثر المشائخ رحمهم الله وعن ابن
الوليد قال سألت ابا يوسف رحمه الله عن السكران الذي يجب عليه الحد قال ان يستقرأ
قُلْ يَا اَيُّهَا الْكَافِرُوْنَ ولا يقدر عليه وقلت له كيف عينت هذه السورة وربما اخطأ فيه الصاحي
قال لان تحريم الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يستطع قرأتها وحكي ان ائمة بلخ اتفقوا
على استقراء هذه السورة ولابي حنيفة رحمه الله ان الحدود يؤخذ في اسبابها باقصاها درءا
للحد ونهاية السكران يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك
لا يعري عن شبهة الصحو يعني انه اذا كان يميز بين الاشياء عرفنا انه مستعمل لعقله مع
ما به من السرور فلا يكون ذلك نهاية في السكر وفي النقصان شبهة العدم والحدود
تندرء بالشبهات ولهذا وافقهما في السكر الذي يحرم عنده القدح المسكر ان المعتبر فيه هو

هو اختلاط الكلام لان اعتبار النهاية فيما يندرء بالشبهات والحل والحرمة يوخذ بالاحتياط وهذا معنى قوله والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط لانه لما اعتقد حرمة القدح الذي يلزم الهذيان واختلاط الكلام عنده يمتنع عنه فلما امتنع عنه وهو الادنى في حد السكر كان ممتنعا عن الاعلى فيه وهو ما قاله ابوحنيفة رحمه الله وقوله وهذا اي ظهور الاثر في مشيه مما يختلف فان السكران ربما لا يتمايل في مشيه والصاحي ربما يزلق او يعثر في مشيه فيرى التمايل منه فلا يكون دليلا وقوله ولا يحد السكران باقراره على نفسه يعني في الحدود الخالصة لله تعالى كالزنا وشرب الخمر والسرقة لان الاقرار خبر يحتمل الكذب فاذا صدر من سكران مهذان زاد احتماله فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه عرف ذلك باجماع الصحابة فانهم قالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترين ثمانون جلدة فهذا اجماع منهم على وجوب حد القذف فاذا وجب عليه حد القذف حقا للعبد فكذلك سائر الحقوق كالقصاص وغيره ولو ارتد سكران لا تبين منه امرأته لما ذكر ان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر وروي ان عبد الرحمن بن عوف صنع طعاما فدعا بعض الصحابة رضي الله عنهم فاكلوا وسقاهم خمرا وكان ذلك قبل تحريمها فامهم في صلوة المغرب عبد الرحمن او غيره وقرء سورة الكافرون بطرح اللاءات مع ان اعتقادها كفر ولم يكن ذلك كفرا من ذلك القاري فعلم ان السكران لا يكفر بما جرى على لسانه من لفظ الكفر *

باب حد القذف

القذف في اللغة الرمي وفي الشرع نسبة من احصن الى الزنا صريحا او دلالة اذا قذف الرجل رجلا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا الخالي عن الشبهة الذي لو اقام القاذف

عليه اربعة من الشهود واقربه المقذوف لزمه حد الزنا وطالب المقذوف بالحد وعجز القاذف عن اثبات ماقذفه به حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد بقوله والذين يرمون المحصنات الرمي بالزنا بالاجماع واليه الاشارة في النص لانه شرط اربعة من الشهداء وهو مختص بالزنا واعترض بان التقييد بصريح الزنا غير مفيد لتحققه بدونه بان قال لست لابيك وبان القياس ان لا يجب المطالبة لان حق الله تعالى فيه غالب والمغلوب في مقابلته كالمستهلك ولئن وجبت فليست مطالبة المقذوف بلازمة فان ابنه اذا طالبه حد والجواب انه اذا قذفه بصريح الزنا ووجد الشروط وجب الحد لا محالة فتلك قضية صادقة واما انه اذا قذفه بنفي النسب لايجب فليس بلازم لان التقييد به لاخراج ماكان منه بطريق الكناية مثل ان يقول يازاني فقال آخر صدقت لا لاخراج ماذكرتم وحق العبد وان كان مغلوبا لكن يصلح اشتراط مطالبة احتيالا للدرء وابن المقذوف انما يقدر على المطالبة لقيامه مقام المقذوف ولهذا لم يكن له حق المطالبة الا اذا كان المقذوف ميتا ليتحقق قيامه مقامه من كل وجه وقوله ويفرق يعني الضرب على اعضاء القاذف على مامر في حد الزنا وهو قوله لان الجمع في عضو واحد يفضي الى التلف ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به لاحتمال ان يكون القاذف صادقا في نسبته الى الزنا وان كان عاجزا عن اقامة البينة لانها على الوصف المشروط فيه لا تكاد تحصل فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا حيث يجرد عن ثيابه لان سببه معاين بالبينة اوالاقرار وههنا بعد ثبوت القذف بالبينة او بالاقرار يتوقف اقامة الحد على معنى آخر وهو كذبه في النسبة الى الزنا وهو غير متيقن به وقوله غير انه ينزع عنه الفرو والحشو استثناء من قوله ولا يجرد وقوله لان ذلك يعني الفرو والحشو كما في قوله تعالى عوان بين ذلك وقوله وان كان القاذف عبدا ظاهر وقوله والاحصان بيان شروطه وقوله لعدم تحقق فعل الزنا منهما

منهما قيل عليه لو كان كذلك لحد من قذف المجنون الذي زنى في حال جنونه ولا يحد وان قذفه بعد الافاقة اجيب بان معنى قوله لعدم تحقق فعل الزنا منهما الزنا الذي يوثم صاحبه ويوجب الحد عليه ولم يوجد منهما واما الوطئ الذي هو غير مملوك فقد تحقق منهما وبالنظر الى هذا كان القاذف صادقا في قذفه فلا يجب الحد على القاذف ولا على المقذوف كمن قذف رجلا وطئ بشبهة او وطئ جاريته المشتركة بينه وبين غيره وقوله والاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن تقريره ان الله تعالى اوجب حد القذف بقذف المحصن بقوله تعالى وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الآية والكافر ليس بمحصن لقوله صلى الله عليه سلم من اشرك بالله فليس بمحصن فلا يجب عليه حد القذف ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيک يحد ان كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف امه لانه نفى النسب والنسب انما ينفي عن الزاني لا عن غيره وتقريره ان فرض المسئلة فيما اذا كان ابوه وامه معروفين ونسبه من الام ثابت بيقين ونفاه عن الاب المعروف فكان دليلا على انه زنى بامه وفي ذلک قذف لامه لا محالة قيل يشترط ان يكون في حالة الغضب في هذه المسئلة كالتي بعدها وقيل يجب ان لا يجب الحد ههنا وان كان قذفه في حالة الغضب لجواز ان ينفي النسب من ابيه من غير ان يكون الام زانية من كل وجه بان تكون موطوءة بشبهة ولدت في عدة الواطئ اجيب بان ماذكرته وجه القياس في هذه المسئلة ووجوب الحد فيها بالاستحسان بالاثر قال في المبسوط ولكنا تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود رضي الله عنه قال لا حد الا في قذف محصنة اونفي رجل عن ابيه ومن قال لغيره في غضب الى آخره ظاهر وطولب بالفرق بين هذه وبين قوله في حالة الغضب اوغيرها لست بابن فلان ولا ابن فلانة وهي امه التي تدعي له حيث لا يكون قذفا مع ان القذف يراد بهذا اللفظ واجيب بان قوله ولا ابن فلانة نفي عن امه وانما ينتفي عنها بانتفاء الولادة فكان نفيا للولادة

ونفي الولادة نفي الوطئ ونفي الوطئ نفي الزنا بخلاف ما اذا لم يقل ذلك لانه نفي عن الوالد وولادة الولد ثابتة من امه فصار كأنه قال له انت ولد الزنا **قوله** ولو قال له يا ابن الزانية ولو قال لرجل يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها بخلاف ما اذا قذفها ثم ماتت فان الحد يسقط ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد يعني الوالد والجد وان علا والولد وولد الولد وان سفل نقله صاحب النهاية عن الفقيه ابي الليث ثم قال كذا وجدت بخط شيخي ونقل غيره من الشارحين عن شرح الجامع الصغير لان العار يلحق به اي بكل واحد من الوالد والولد لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى ورد بان التعليل بالجزئية غير صحيح لتخلف الحكم عنها اذا كان المقذوف حيا غائبا فانه ليس لاحد ان يأخذ بحده اذ ذاك واجيب بان الاصل في الباب هو المقذوف لا محالة وغيره ممن بينه وبينه جزئية تقوم مقامه وانما يقوم الشيء مقام غيره اذا وقع الياس عن الاصل و انما يقع الياس بموته فلا يقوم غيره مقامه قبل موته وقوله وعند الشافعي رحمه الله ظاهر وقوله لما ذكرنا يعني قوله لان العار يلحق به وقوله كما يثبت لولد الابن يعني بالاتفاق خلافا لمحمد رحمه الله فانه روي عنه ان حق المطالبة لا يثبت لولد البنت لانه منسوب الى ابيه لا الى امه فلا يلحقه الشين بزنى ابي امه وفي ظاهر الرواية النسب يثبت من الطرفين و يصير الولد كريم الطرفين و يثبت لولد الولد حال قيام الولد وقال زفر رحمه الله ليس لولد الولد حال قيام الولد ان يخاصم لان الشين الذي يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع بقاء الولد كالولد مع بقاء المقذوف واعتبر هذا بطلب الكفاءة فانه لا خصومة فيه للابعد مع بقاء الاقرب ولكنا نقول حق الخصومة باعتبار ما لحقه من الشين نسبة اليه وذلك موجود في حق ولد الولد كوجوده في حق الولد فايهما خاصم يقام الحد بخصومته بخلاف المقذوف فان حق الخصومة له باعتبار تناول

تناول القاذف من عرضه مقصود اوذلک لايوجد في حق ولده بخلاف الكفاءة فان طلبها انما يثبت للاقرب بقوله صلى الله عليه و سلم الانكاح الى العصبات وفي الحكم المرتب على العصوبة يتقدم الاقرب على الابعد واذا كان المقذوف محصنا وهو ميت جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر رحمه الله هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا لان حد القذف لا يورث فصار كما اذا كان متناولا صورة ومعنى في رجوع العار اليه ولوكان متناولا له صورة ومعنى بان قذفه قاذف ابتداء لم يجب عليه الحد لعدم احصان المقذوف فكذا اذا تناوله معنى قيل قوله وليس طريقه الارث غير مفيد له في هذا المقام لانه لوكان طريقه الارث ايضا لم يكن له ان يخاصم لان المانع عن الارث موجود وهو الكفر او الرق وقيل تحرير كلامه ان الحد اما ان يجب في هذه الصورة على القاذف بقذفه ام المقذوف او بقذف نفس هذا الابن الكافر لا جائز ان يكون لاجل امه لان الحد لا يورث ولا ان يكون لاجل نفسه لانه ليس بمحصن وهو كما ترى ولنا انه عيره بقذف محصن وهو ظاهر لان فرض المسئلة فيه وكل من عيره بقذف محصن جاز له ان يا خذ بحده لانه تعيير على الكمال فيقتضي زاجرا واشار المصنف رحمه الله الى هذا الكلام بقوله وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده فجاز له ان يأخذ بالحد فان قيل جاز ان يكون المانع موجودا فلا يترتب الحكم على المقتضي اجاب بقوله و الكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق اى استحقاق اهلية الخصومة لان استحقاقها باعتبار لحوق الشين وذلک موجود في الولد الكافر والمملوک لان النسبة لا تنقطع بالرق والكفر بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا **قوله** وليس للعبد ان يطالب مولاه ليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه او جده وان علا

:

بقذف امه ولا امه وجدته وان علت بقذف نفسه لان المولى لا يعاقب بسبب عبده قال صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده فلما لم يجب القصاص والمغلب فيه حق العبد وسببه متيقن به فلان لا يجب حد القذف والمغلب فيه حق الله وسببه وهو القذف غير متيقن به لجواز ان يكون صادقا فيما نسبه اليه اولى وقوله ولو كان لها ابن من غيره واضح وقوله وبكل ذلك تشهد الاحكام اما الاحكام التي تدل على انه حق العبد فهو انه يستوفى بالبينة بعد تقادم العهد ولا يعمل فيه الرجوع عن الاقرار وكذلك لا يستوفى الا بخصومته وانما يستوفى بخصومته ما هو حقه بخلاف السرقة فان خصومته هناك للمال دون الحد حتى لو بطل الحد لمعنى الشبهة لا يبطل المال ويقام هذا الحد على المستأمن وانما يوخذ المستأمن بما هو من حقوق العباد ويقدم استيفاؤه على حد الزنا وحد السرقة وشرب الخمر حتى ان رجلا لو ثبت عليه باقراره الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف وفقأ عين رجل يبدأ بالقصاص في العين لانه محض حق العباد وحق العبد مقدم في الاستيفاء لما يلحقه من الضرر بالتاخير لانه يخاف الفوت والله تعالى لا يفوته شيء ثم اذا برئ من ذلك يقام عليه حد القذف واما الاحكام التي تشهد على انه حق الله تعالى فهي ان الاستيفاء الى الامام والامام انما يتعين نائبا في استيفاء حق الله تعالى واما حق العبد فاستيفاؤه اليه ولا يحلف فيه القاذف ولا ينقلب مالا عند السقوط وقوله لان ما للعبد من الحق الخ قيل فيه نظر لانه يلزم ان لا يكون حق العبد غالبا اذا اجتمع الحقان اصلا وهو خلاف الاصول والمنقول فان القصاص مما اجتمعا فيه وحق العبد غالب واعترض بان من الاحكام ما ينافي الحقين جميعا وهو انه يسقط بموت المقذوف وشيء من الحقين لا يسقط به واجيب بانا لا نقول انه يسقط بموته ولكن يتعذر استيفاؤه لعدم شرطه فان الشرط خصومة المقذوف ولا يتحقق فيه الخصومة بعد موته وقوله ومن اصحابنا رحمهم الله من قال يريد به صدر الاسلام ابا اليسر فانه ذكر في مبسوطه والصحيح ان المغلب فيه حق العبد كما قال الشافعي رحمه الله لان اكثر

اكثر الاحكام يدل عليه والمعقول يشهد له كما ذكرنا ان العبد منتفع به على الخصوص
وقد نص محمد رحمه الله في الاصل ان حد القذف حق العبد كالقصاص الا انه فوض
اقامته الى الامام لانه لا يهتدي كل احد الى اقامة الجلد وقوله وخرج الاحكام
اى اجاب عن الاحكام التي تدل على انه حق الله بجواب يوافق المذهب فقال
في التفويض الى الامام ما ذكرنا ان كل احد لا يهتدي الى اقامة الجلد وقال
في عدم الارث ان عدمه لا يستوجب كونه حق الله تعالى كالشفعة وخيار الشرط لان الارث
يجري في الاعيان واجاب عن كون القصاص يورث بانه في معنى ملك العين لانه يملك
اتلاف العين وملك الاتلاف ملك العين عند الناس فان الانسان لا يملك شراء الطعام
الا للاتلاف وهو الاصل فصار من عليه القصاص كالمملوك ممن له القصاص وهو باق فيملكه
الوارث في حق استيفاء القصاص وقوله والاول وهو ان الغالب فيه حق الله اظهر قال
في النهاية لما ذكرنا من دليل غلبة حق الله تعالى فيه ولان عامة اصحابنا رحمهم الله عليه
فكان الاخذ بقول عامة العلماء اظهر وقوله ومن اقر بالقذف من الاحكام التي
تشهد بكونه حقا للعبد وقوله ومن قال لعربي يا نبطي ظاهر والنبط جيل من الناس بسواد العراق
وسئل ابن عباس رضي الله عنه عن رجل قال لقريشي يا نبطي فقال لا حد عليه وقوله لما قلنا
يعني قوله لانه يراد به التشبيه الى آخره وقوله لان ماء السماء لقب به اي بهذا اللفظ وماء
السماء هو لقب ابي المزيقيا والمزيقيا هو عمرو بن عامر فلقب بالمزيقيا لانه كان يمزق كل يوم
حلتين يلبسهما ويكره ان يعود فيهما ويأنف ان يلبسهما غيره وابوه عامر بن حارث الازدي كان
يلقب بماء السماء لانه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر عطاء اوجودا وقوله واسمعيل
كان عماله اي ليعقوب فان اسمعيل واسحق ابنا ابراهيم ويعقوب ابن اسحق فكان
اسمعيل عماله واد خلوه تحت الآباء فدل ان العم يسمى ابا **قوله** ومن قال لغيره
زنأت في الجبل ومن قال لغيره زنأت في الجبل بالهمزة وقال عنيت صعود الجبل

حد عند ابيحنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يحد لان المهموز منه
للصعود حقيقة واستشهد المصنف رحمه الله لذلك بقول الشاعرة * وارق الى الخيرات
زنأ في الجبل * وقال ذكر الجبل يقرره اى يقرر الصعود مرادا تاكيدا لكون المهموز
للصعود حقيقة وقوله ولهما انه يستعمل الخ واضح وقيل كلامه يشير الى ان المهموز
مشترك بين الفاحشة والصعود وحالة الغضب والسباب تعين احد المحتملين عندهما
وعند محمد رحمه الله انه حقيقة في الصعود مجاز في الفاحشة وح يترجح قوله لان اللفظ
اذا دار بين كونه مشتركا وحقيقة ومجازا فالثاني يترجح على الاول لعدم اخلاله بالفهم
ولان الباب باب الحد فيحتال للدرء وقوله لما قلنا اشارة الى قوله اذا كان مقرونا بكلمة
على وقوله للمعنى الذي ذكرناه اشارة الى قوله وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة
مرادا ومن قال لآخر يازاني ظاهر واعترض على قوله فيصير الخبر المذكور في الاول
مذكورا في الثاني بان المراد بالاول هو قوله يازاني وما ثم خبر اصلا والجواب
ان المراد بالخبر الجزء وح يستقيم الكلام لان الخبر جزء اخص فيجوز ان يستعار للاعم
ومن قال لامرأته يازانية فقالت لا بل انت على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله
لان المحدود في القذف ليس باهل اللعان دليله ان اهلية اللعان تعتمد اهلية الشهادة واقامة
حد القذف يبطل اهلية شهادة المحدود في القذف وقوله ولا ابطال في عكسه اصلا
يعني لو قدمنا اللعان لا يبطل حد القذف من المرأة لان احصان الرجل لا يبطل بجريان
اللعان بينهما غاية ما في الباب ان اللعان في حق الرجل قام مقام حد القذف ولكن
لا يخرج به عن ان يكون عفيفا عن فعل الزنا فيجب حد القذف على المرأة احتيالا لدرء
اللعان الذي هو بمعنى الحد وقوله ولو قالت زنيت بك يعني في جواب قوله لها يازانية
وقوله وانعدامه اى انعدام التصديق من الزوج وقوله ويحتمل انها ارادت زنائي ما كان
معك بعد النكاح اعترض عليه بان الوطئ بعد النكاح لا يسمى زنا فلا يصلح محملا و

واجيب بان الزنا يطلق على ذلك بطريق المشاكلة كما في قوله تعالى بَلْ يَدَاهُ مَبْسُوطَتَانِ حملها على ذلك التركيب فرط غيظها باطلاق تلك الكلمة وعلى هذا الاعتبار لا يكون مصدقة لزوجها فيجب اللعان على الزوج ولا يجب الحد على المرأة ففي حال لا يجب الحد عليها ويجب اللعان على الزوج وفي حال يجب الحد عليها ولا يجب اللعان على الزوج فوقع الشك وجاء ما قلنا انه لا حد ولا لعان وقوله لانه اى اللعان حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف لقوله تعالى وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الخ واذا بطل التكاذب باكذاب الرجل نفسه يصار الى الاصل والولد ولده في الوجهين اى في الوجه الذي اقر ثم نفى وعكسه وقوله لاقراره به سابقا او لاحقا اى لاقرار الزوج بالولد سابقا على النفي فيما اذا اقر ثم نفى او لاحقا فيما اذا انفاه ثم اقر به وقوله واللعان يصح بدون قطع النسب جواب عما يقال ان سبب اللعان ههنا هو نفي الولد فلما لم ينتف الولد وجب ان لا يجري بينهما اللعان لان بطلان المتضمن يقتضي بطلان المتضمن ووجهه ان قطع النسب ليس من ضرورة اللعان فاعتبر كل واحد منهما اي من نسبته الى الزنا ومن نفي الولد منفصلا عن الآخر فصار كأنه نسبها الى الزنا من غير نفي الولد بان قال يا زانية وفيه اللعان فكذا ههنا الا يرى انه اذا تطاولت مدة ولادة منكوحته على حسب ما اختلفوا فيه ثم قال ليس بابني فانه يلاعن مع ان سبب اللعان نفي الولد ولم ينتف الولد لانه صار بمنزلة قوله انت زانية وقوله وان قال ليس بابني ولا بابنك ظاهر وقوله او قذف الملاعنة بولد بفتح العين هكذا نقله صاحب النهاية بخط شيخه ويجوز ان يكون بكسر العين ومعناه التي لاعنت بولد كذا في الكافي وقوله بولد يتصل بالملاعنة وقوله ففاتت العفة نظرا اليها اى الى امارة الزنا وهو اي العفة وذكره نظرا الى قوله شرط ومعناه العفة شرط وجوب حد القذف على القاذف وهي فائتة فلا يجب الحد وقوله ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد ظاهر فان قيل اللعان قائم مقام حد

الزنا في حقها فقد وجد امارة الزنا منهما فينبغي ان يسقط الحد عن القاذف نظرا الى هذا قلنا بلى لكنه قائم مقام حد القذف في جانب الزوج فبالنظر الى هذا الوجه تكون المرأة محصنة فتعارض الوجهان فتساقطا فبقي القذف سالما عن المعارض فوجب الحد على القاذف قال صاحب النهاية وجدت بخط شيخي رحمه الله في جواب هذه الشبهة قلنا نعم ان اللعان في جانبها قائم مقام حد الزنا لكن بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فكانت هي محصنة بالنسبة الى غير الزوج فيجب الحد على قاذفها **قوله** ومن وطئ وطئا حراما في غير ملكه اعلم ان الوطئ الحرام بالقسمة الاولية على نوعين احدهما حرام لعينه والآخر حرام لغيره والاول منشأ حرمته شيئان حصوله في غير الملك من كل وجه كوطئ الاجنبية او من وجه كوطئ الجارية المشتركة بينه وبين غيره وحصوله في امرأة هي حرام على الواطئ حرمة مؤبدة كوطئ امته وهي اخته من الرضاع وما سوى ذلك فهو من النوع الثاني كوطئ امته المجوسية ووطئ امتيه الاختين والقاذف في النوع الاول بوجهيه لا يحد حد القذف لفوات العفة وهو شرط الاحصان ولان القاذف صادق لان الزنا هو الوطئ الحرام لعينه وابو حنيفة رحمه الله شرط ان تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع كموطوءة الاب بعد ملك النكاح او ملك اليمين اذا اشتراها ابنه فوطئها لا يحد قاذفه او بالحديث المشهور كحرمة وطئ المنكوحة بلا شهود فانها ثابتة لقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بالشهود وهو مشهور وفي النوع الثاني يحد لان الحرمة فيه بعارض على وجه الزوال الا ترى ان المجوسية اذا اسلمت او خرجت احدي الاختين عن ملكه حل له الوطئ فلم يكن زنا فيحد قاذفه وبقية كلامه ظاهر و **قوله** وهذا هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي رحمه الله فانه يقول بوطئها لا يسقط احصانه لان حرمة الفعل مع قيام الملك الذي هو المبيح لا يسقط احصانه كوطئ امرأته الحائض او المجوسية او التي ظاهر منها او المحرمة او امته التي زوجها او هي في عدة من غيره لان ملك الحل قائم ببقاء

ببقاء سببه ووجه ظاهر الرواية ان بين الحل والحرمة فی المحل تنافيا فمن ضرورة ثبوت احدهما
ان ينتفی الآخر والحرمة المؤبدة ثابتة فينتفی الحل وقوله لان ملک الحل قائم ببقاء سببه قلنا
السبب لا يوجب الحكم الا في محل قابل له واذا لم يكن المحل قابلا للحل في حقه
لا يثبت الملک ای ملک الحل فكان فعله في معنى الزنا وقوله لمكان اختلاف الصحابة
يعني في انه مات حرا او عبدا على ما سيجيئ في كتاب المكاتب ان شاء الله تعالى وقوله
وقد مر في النكاح ای في باب نكاح اهل الشرک وقوله فقذف مسلما حد جواب ظاهر الرواية
وعلى قول ابيحنيفة رحمه الله اولا لا يحد لان المغالب فيه حق الله تعالى على ما ذكرنا
فكان بمنزلة حد الزنا ووجه ظاهر الرواية ما ذكره فی الكتاب وهو واضح وقوله لان هذه
شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد ورد بانه انما استفاد اهلية الشهادة
على المسلمين واما على اهل الذمة فقد كانت الاهلية موجودة وقد صارت مجروحة
باقامة الحد عليه واجيب بانه ليس كذلک بل استفاد بالاسلام اهلية الشهادة على
اهل الذمة تبعا لاهلية الشهادة على المسلمين وهذه غير ما كانت حين اقيم عليه الحد فان
تلک كانت بطريق الاصالة على اهل الذمة وهذه بطريقة التبعية للمسلمين فان اهلية
الشهادة على الاشرف تقتضي اهليتها على الاخس ولقائل ان يقول سلمنا وجود المقتضي
لكن المانع وهو الرد اولا موجود وقوله بخلاف العبد جواب عما يقال العبد اذا قذف
فضرب الحد ثم اعتق لا تقبل شهادته فكيف قبلت شهادة الكافر اذا اسلم وكلامه ظاهر
واعترض بان المعقول ههنا انعكاس حكمهما لانه لما كان للكافر شهادة في جنسه يجب
ان يرد شهادته بحد القذف تتميما لحد القذف ثم يدوم ذلک الرد الى ما بعد الاسلام
ولما لم يكن للعبد شهادة في شيئ اصلا لم ينعقد الحد حال وجوده موجبا لرد الشهادة
فكيف ينقلب موجبا للرد بعد ذلک والجواب ان شهادته التي كانت في جنسه مردودة
بحد القذف قبل الاسلام وبعده والشهادة المقبولة هي شهادة المسلم اكتسبها بالاسلام

فلا ترد ولم نقل في العبد بان غير الموجب انقلب موجبا وانما توقفنا في ايجابه الى حين امكان الموجب وهو الرد وقوله وان ضرب سوطا في قذف ظاهر واعترض بان المقام بعد الاسلام ان كان بعض الحد فالمقام قبل الاسلام كذلك فكما لا يكون رد الشهادة صفة لما اقيم بعد الاسلام فكذلك لايصلح ان يكون صفة لما اقيم قبل الاسلام بل جعله صفة لما اقيم بعد الاسلام اولى لما ان العلة اذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الاخير على ما عرف في موضعه والجواب انا لم نجعل الرد صفة لا للمقام قبل الاسلام ولا للمقام بعده وانما قلنا ان الرد صفة للحد والحد ثمانون ولم يوجد فلم يترتب التتمة وقيل في الجواب النص ورد بالامر بالحد والنهي عن قبول الشهادة وكل واحد منهما غير مرتب على الآخر نصا فيتعلق كل واحد منهما بما يمكن والممكن زمان النهي رد شهادة قائمة للحال فيتقيد به وعن ابي يوسف رحمه الله انه ترد شهادته والاقل تابع للاكثر فكأن الكل وجد بعد الاسلام وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله ايضا والاول اصح لما ذكرنا ان النص ورد بالامر بالحد والنهي عن قبول الشهادة الى آخره و**قوله** ومن قذف او زنى الخ ظاهر ذكر في المبسوط لو قذف جماعة في كلمة واحدة بان قال يا ايها الزناة او كلمات متفرقة بان قال يا زيد انت زان ويا عمرو انت زان ويا خالد انت زان لا يقام عليه الا حد واحد عندنا وعند الشافعي رحمه الله ان قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب وان قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم لانه حق المقذوف عنده فلا يجري فيه التداخل عند اختلاف السبب وعندنا المغلب فيه حق الله تعالى وهو مشروع للزجر فيجري فيه التداخل كسائر الحدود والله اعلم * فصل

فصل في التعزير

لما فرغ من ذكر الزواجر المقدرة الثابتة بالكتاب او السنة المشهورة ذكر في هذا الفصل الزاجر الذي هو دونها في القدر وقوة الدليل وهو التعزير وهو تأديب دون الحد واصله من العزر بمعنى الرد والردع والاصل في هذا ان من قذف غيره بكبيرة ليس فيها حد مقدر يجب التعزير قال في الفتاوى الظهيرية اعلم ان التعزير قد يكون بالحبس وقد يكون بالصفع وتعريك الاذن وقد يكون بالكلام العنيف وقد يكون بالضرب وقد يكون بنظر القاضي اليه بوجه عبوس ولم يذكر محمد رحمه الله التعزير باخذ المال وقد قيل روي عن ابي يوسف رحمه الله ان التعزير من السلطان باخذ المال جائز وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله ان التعزير الذي يجب حقا لله تعالى يلي اقامته كل احد بعلة النيابة من الله تعالى وقوله ومن قذف عبدا اوامة ظاهر وقوله في الجناية الاولى يعني ماذا قذف عبدا وامة اوام ولد بالزنا لانه اي القذف بالزنا من جنس ما يجب به الحد وقوله في الثانية يعني قوله يا فاسق الخ وقوله لانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه قيل بل يلحق الشين للقاذف لان كل احد يعلم انه آدمي وان القاذف كاذب وقوله صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين نقل بتخفيف بلغ من البلوغ وهو السماع واما ما يجري على السنة الفقهاء من التثقيل ان صح فعلى حذف المفعول الاول والتقدير من بلغ التعزير حدا في غير حد وفيه نبوة تعرف بالتامل الصحيح واري ان يكون تقديره من بلغ الضرب حدا في غير حد فهو من المعتدين واذا تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد رحمهما الله نظرا الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه اليه وذلك اربعون فنقصا منه سوطا وهذا احق لان من اعتبر حد الاحرار فقد بلغ حدا وهو حد العبد والتنكير في الحديث ينافيه ووجه نقصان السوط الواحد في المذهبين جميعا هو ان البلوغ الى تمام

الحد تعذر وليس بعده قدر معين كربع اوثلث اوعشر فيصار الى اقل مايمكن للتيقن به نظيره وقت الصلوة فان الكامل لمالم يمكن ان يكون سببا وليس بعده جزء معين صير الى اقل مايمكن وهو الجزء الذي لا يتجزى وكلامه واضح وقوله فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا يعني فيكون فيه اكثر الجلدات وقوله والقذف بغير الزنا من حد القذف يعني فيكون فيه اقل الجلدات وقوله لانه يعني الحبس صلح تعزيرا وقوله وقد ورد الشرع به اى بالحبس وهو ماروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا للتعزير وقوله ولهذا لم يشرع فى التعزير بالتهمة لايضاح ان الحبس يصلح للتعزير فيما يجب فيه التعزير اى لم يشرع الحبس بسبب التهمة فى الشيء الذي يوجب التعزير لو ثبت قبل ثبوته بان شهد شاهدان مستوران على انه قذف محصنا فقال يا فاسق او يا كافر فلا يحبس المتهم قبل تعديل الشهود وفي فصل الحد يحبس بالتهمة لان في باب الحد شيئا آخر فوق الحبس وهو اقامة الحد عند وجود موجبه فيجوز ان يحبس في تهمته لتناسب اقامة العقوبة الادنى بمقابلة الذنب الادنى وفي باب الاموال والتعزير لايحبس بالتهمة لان الاقصى فيهما عقوبة الحبس فلو حبسنا بالتهمة فيهما لكان اقامة العقوبة الاعلى بمقابلة الذنب الادنى وهو مما ياباه الشرع ولمالم يشرع الحبس عند تهمة موجب التعزير علم ان الحبس من التعزير اذ لو لم يكن الحبس من التعزير ليحبس عند تهمة موجب التعزير كما يحبس بتهمة موجب الزنا فلما كان الحبس من التعزير بهذا الدليل جاز للامام ان يضمه الى الضرب ان رأى ذلك كما ان للامام الرأي في تقدير الضربات فكذلك في ضم الحبس الى الضرب **قوله** واشد الضرب التعزير قال الحاكم فى الكافي وضرب التعزير اشد من ضرب الزاني وضرب الزاني اشد من ضرب الشارب وضرب الشارب اشد من ضرب القاذف وضرب القاذف اخف من جميع ذلك وانما كان ضرب التعزير اشد لانه ناقص المقدار وهو تخفيف فلا يخفف ثانيا في وصفه كيلا

كيلا يؤدي الى تفويت المقصود وهو الزجر واختلف المشائخ رحمهم الله في شدته
قال في شرح الطحاوي قال بعضهم هو الجمع في عضو تجمع الاسواط في عضو واحد
ولا تفرق على الاعضاء بخلاف سائر الحدود وقال بعضهم لا بل شدته في الضرب لا في الجمع
ويدل على ذلك ما روى ابو عبيدة وغيره ان رجلا اقتم على ام سلمة رضي الله عنها فضربه
عمر رضي الله عنه ثلثين سوطا كلها يبضع ويحدر اي يشق فيورم ومعلوم ان عمر رضي الله
عنه ضربه بطريق التعزير ولعل المصنف رحمه الله اختاره يشير اليه قوله ولهذا لم يخفف
من حيث التفريق على الاعضاء فلو كان الشدة عنده عبارة عن عدم التفريق لزمه
توضيح الشيء بنفسه وقوله ثم حد الزنا ظاهر وقوله ومن حده الامام او عزره فمات فدمه
هدر ذكر مسئلتين احدهما مبنية على الامر وهو لا يقتضي السلامة في اتيان المامور
والاخرى على الاطلاق وهو يقتضيها والفرق بينهما ان الامر لطلب المامور به وهو من الاثباتات
وهي لا تقبل التعليق بالشرط لانه يشبه القمار ولانه لما وجب على المامور ذلك الفعل بالامر
فيأتي المامور بما في وسعه غير مراقب للسلامة لانه قد لا يتحقق بوصف السلامة فينتفي المامور في
ضرب الوجوب واما الاطلاق فاسقاط لكونه رفع القيد وهو قابل للتعليق فيتقيد بوصف السلامة
ولان الفعل المطلق في اختيار فاعله لانه حق الفاعل ان شاء فعل وان شاء لم يفعل فينبغي
ان يتقيد بوصف السلامة لانه لا ضرورة في ترك وصف السلامة كالمرور في الطريق
وقال الشافعي رحمه الله في التعزير تجب الدية في بيت المال لان الاتلاف خطأ فيه
اذ التعزير تاديب غير انه يجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يعود الى عامة المسلمين
فيكون الغرم في مالهم قلنا انه لما استوفى حق الله تعالى بامره صار كأن الله تعالى اماته
من غير واسطة فلا يجب الضمان والله اعلم *

كتاب السرقة

لما فرغ من ذكر المزاجر المتعلقة بصيانة النفوس شرع في ذكر المزجرة المتعلقة بصيانة الاموال لان صيانة النفس اقدم من صيانة المال والسرقة فى اللغة عبارة عما ذكره فى الكتاب وقوله قال الله تعالى الامن استرق السمع معناه استمع اليه على وجه الخفية وقوله وقد زيدت عليه اوصاف فى الشريعة هي ان يقال السرقة اخذ مال الغير على سبيل الخفية نصابا محرزا للتمول غير متسارع اليه الفساد من غير تاويل ولا شبهة والمعني اللغوي وهو اخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار امر مراعى فيها قال صاحب النهاية اعلم ان ما تناله الشارع الينا على ثلثة اقسام احدها ما هو المقرر على ما انبأ نا اللغة من غير تغيير كقوله تعالى وَجَاءَ إِخْوَةُ يُوسُفَ فَدَخَلُوا عَلَيْهِ فَعَرَفَهُمْ وَهُمْ لَهُ مُنكِرُونَ وَلَمَّا جَهَّزَهُم بِجَهَازِهِمْ والثاني ما هو المعدول عما انبأ نابه اللغة من كل وجه كالصلوة والزكوة والصوم فان الصلوة شرعا عبارة عن الاركان المعهودة وليس لها انباء لغوي وكذلك في غيرها والثالث ما انبأ نابه اللغة مقرر مع زيادة شيء فيه شرعا كالسرقة على ما ذكرنا وفيه نظر لان الصلوة فى اللغة الدعاء وهي مقررة فى الشرع مع زيادة اوصاف وكذلك الصوم هو الامساك والزكوة هو النماء والحج هو القصد والمعانى اللغوية في كل ذلك موجودة مع زيادة اوصاف ويمكن ان يجاب عنه بانه نظر على المثال وهو ليس بصحيح عند المحصلين وقوله كما اذا نقب الجدار على استسرار نظير ما يكون معناه اللغوي موجودا فيه ابتداء وترك نظير الاول لظهوره وكان القياس ان لا يقطع فيما اذا نقب الجدار على الاستسرار واخذ المال من المالك مكابرة اى مقاتلة بسلاح لان ركن السرقة الاخذ على سبيل الخفية والاستسرار والخفية ان وجدت وقت الدخول لم توجد في وقت الاخذ فان الاخذ حصل بطريق المغالبة لكنهم استحسنوا وقالوا بوجوب القطع لانهم اعتبروا الخفية

الخفية وقت الاخذ لا متنع القطع في اكثر السرقات لان اكثرها في الليالي يصير مغالبة في الانتهاء لانه وقت لا يلحق الغوث وقوله اومن يقوم مقامه يعني المودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن **قوله** واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم اذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمة ذلك مضروبة من حرز لا شبهة فيه على ما سيظهر لك معناه وجب عليه القطع لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما فان الحكم اذا ترتب على صفة كان مصدرها علة له كما عرف والآية كما ترى عام لكنه لم يتناول الصبي والمجنون لانه خطاب الشرع فهو تكليف ولا تكليف الا مع العقل والبلوغ فلا بد من تحققهما لتحقق الجناية المستلزمة للجزاء واما تقدير المال فلما ذكره في الكتاب وهو قول فقهاء الامصار واما اصحاب الظواهر فلا يعتبرون النصاب وهو منقول عن الحسن البصري رحمه الله استدلالا بظاهر الآية فانه ليس فيها ما يدل على النصاب اصلا بخلاف كونه مالا محرزا فان لفظ السرقة يدل على ذلك لان اخذ المباح يسمى اصطيادا او احتطابا لا سرقة وكذلك ما ليس بمحرز فاخذه لا يسمى سرقة لانعدام مسارقة عين الحافظ ولنا معنى اسم السارق يدل على خطر الماخوذ لانه مشتق من السرقة وهي القطعة من الحرير فلا بد من التقدير بالمال الخطير محافظة على المفهوم اللغوي والتقدير بعشرة دراهم لقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم رواه الترمذي رحمه الله في جامعه عن ابن مسعود رضي الله عنه وقوله واسم الدراهم يطلق على المضروبة عرفا بيان لقوله عشرة دراهم مضروبة واستدل عليه بلفظ الدراهم المذكور في الحديث والمراد بالكتاب القدوري وقوله وهو الاصح احتراز عما روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ما يدل على ان المضروبة وغيرها سواء وكلامه ظاهر فان قلت روت عائشة رضي الله عنها ان يد السارق لم تقطع في عهد النبي صلى الله عليه وسلم الا في ثمن مجن جحفة او ترس وروى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهم ان رسول الله صلى الله

عليه وسلم قطع سارقا في مجن ثمنه ثلثة دراهم وقدا خذبه مالك وروت عمرة عن عائشة رضي الله عنهما موقوفا ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقطع في ربع دينار فصاعدا وبه اخذ الشافعي رحمه الله فما وجه دفع ذلك قلت مدلول الحديثين واحد لان قيمة الدينار كانت اثني عشر درهما وثلثة دراهم كانت ربع دينار ويعارضهما ماروي في السنن وشرح الآثار مسندا الى عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع رجلا في مجن قيمته دينارا وعشرة دراهم فلما تعارضا ولا مرجح صرنا الى اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لاقطع الا في دينار الحديث والى المعقول وهوان العمل بمذهبنا يستلزم العمل بمذهبهما مع اشتماله على الاحتيال للدرء فوجب العمل به **قوله** والعبد والحر في القطع سواء قدم ذكر العبد على الحر لكونه اهم لان عدم التساوي انما يتوهم من جهته وكلامه واضح وبيان قوله ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة واحدة لانها تظهر بشهادة شاهدين وكل ما يظهر بشهادة شاهدين يظهر بالاقرار مرة واحدة كالقصاص وحد القذف وغيرهما وكل ما يظهر بالاقرار مرة واحدة يكتفي به فلا حاجة الى الزيادة واذا تلمحت هذا البيان وجدت الاعتراض بان الزنى ايضا يظهر بالاقرار مرة ساقطا وقوله ولا اعتبار بالشهادة جواب عن قياس احدى الحجتين بالاخرى ببيان الفارق وهو ماذكر ان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة فيه وقوله وباب الرجوع جواب عما يقال انما يشترط التكرار لقطع احتمال الرجوع كما في الزنا ووجه ذلك انه لو اقر مرارا كثيرة ثم رجع صح رجوعه في حق الحد لانه لامكذب له فيه بخلاف الرجوع في حق المال فان له فيه مكذبا وهو صاحب المال فلا يصح فظهر بهذا ان لا فائدة في تكرار الاقرار لا في حق القطع ولا في حق اسقاط ضمان المال بالاقرار وقوله واشتراط الزيادة في الزنا جواب عن قوله وكذلك اعتبرنا في الزنا وينبغي ان لا يسألهم الامام عن كيفية السرقة فيقول له كيف سرق لجواز انه نقب البيت

البيت وادخل يده واخرج المتاع فانه لا يقطع فيه عند ابيحنيفة ومحمد رحمهما الله وعن ماهيتها لجواز ان يكون المأخوذ شيئا تافها ولا قطع فيه وهذا مشكل لان ماهية السرقة على ما قدمنا لا يذكرها الا احاد الفقهاء فيحتاج الى حضور الفقهاء شرط الظهورها وفي ذلك سد باب القطع وعن زمانها فيما يثبت بالبينة لجواز تقادم العهد المانع عن القطع لوجود التهمة بخلاف ما اذا ثبت بالاقرار فان التقادم فيه ليس بمانع لعدمها فلا يسأل عن الزمان فان قيل الشاهد في تاخير الشهادة ههنا غير متهم لانه لا تقبل شهادته بدون الدعوى فينبغي ان لا يسأل فيما اذا ثبت بالبينة كما لا يسأل فيما اذا ثبت بالاقرار قلنا ان الجواب تقدم في باب الشهادة على الزنا وعن مكانها لجواز انه سرق من غير الحرز او في دار الحرب وقال في المحيط ويسألهما عن المسروق منه ايضا لجواز ان يكون المسروق منه ذا رحم محرم او احد الزوجين ولعله مستغنى عنه لان المسروق منه حاضر يخاصم والشهود تشهد بالسرقة منه فلا حاجة الى السؤال عن ذلك وقوله ويحبسه اى المشهود عليه لانه صار متهما بالسرقة فيحبس لما روينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة وقوله واذا اشترك جماعة ظاهر واستشكل بما اذا قتل جماعة واحدا فانه يقتل كلهم وان لم يوجد من كل واحد منهم القتل على الكمال واجيب بان القصاص يتعلق باخراج الروح وهو لا يتجزى فيضاف الى كل واحد منهم كملا والله اعلم *

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لما فرغ من ذكر تفسير السرقة وشروطها وما يتعلق بها ذكر في هذا الباب مسروقا يوجب القطع ومسروقا لا يوجبه وان وجد فيه النصاب ولا يرد ما قيل كان الواجب ان يذكر قوله واذا اشترك جماعة في سرقة في هذا الباب لانه ان اصاب كل واحد منهم نصاب كان مما يقطع فيه وان اصابه اقل كان مما لا يقطع فيه لان هذا الباب لبيان ما يقطع فيه وما لا يقطع بعد وجود النصاب قوله لا قطع فيما يوجد تافها ظاهر والمغرة بالفتحات الثلث

الطين الاحمر وتسكين الغين لغة فيه وقوله وما يوجد جنسه مبتداء وقوله حقير خبره وقوله بصورته احتراز عن الابواب والاواني المتخذة من الخشب والحصير البغدادي فان في سرقتها القطع وان كان اصلها من الخشب واصل الحصير يوجد مباحا لتغيرها عن صورتها الاصلية بالصنعة المتقومة وقوله غير مرغوب فيه نصب على الحال وهو احتراز عن الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر فانها توجد مباحة في دار الاسلام ولكنها مرغوب فيها وهو ظاهر المذهب روى هشام عن محمد رحمه الله اذا سرقها على الصورة التي توجد مباحة وهي ان تكون مختلطة بالحجر والتراب لا يقطع وجه الظاهر انها ليست بتافه حسا فان كل من يتمكن من اخذه لا يتركه عادة وقوله تقل الرغبات فيه جملة استينافية وقوله الطباع لا تضن به اي لا تبخل بفتح الضاد وهو الاصل وجاء بالكسر ايضا قوله فقلما يوجد اخذه على كره من المالك اي قليل وجود لحوق الملالة بالملاك عند اخذ هذه الاشياء منه بل يرضى بالاخذ توقيا عن لحوق سمة خساسة الهمة وتفاديا عن نسبته الى دناءة الطبيعة فلا حاجة الى شرع الزواجر وقوله والطير يطير والصيد يفر يعني لما كان الامر كذلك قلت الرغبة فلا يشرع الزواجر في مثله وهو معطوف على قوله الخشب يلقى على الابواب وقوله وكذا الشركة العامة التي كانت فيه اي فيما يوجد جنسه مباحا وهو على تلك الصفة اي الصفة التي كان عليها وهي مشتركة تحرز به عن الابواب والاواني المتخذة من الخشب كما ذكرنا يورث الشبهة اي شبهة الاباحة بعد احرازه والحد يندرئ بها وفي التعبير بالشركة العامة اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلثة في الكلاء والماء والنار وقوله لما ذكرنا يعني قوله والطير يطير والصيد يفر والسمك المالح هو المقدد الذي فيه الملح وقوله والحجة عليهما ما ذكرناه يعني حديث عائشة رضي الله عنها وما ذكره بعده والجمار شحم النخل وهو شيء ابيض يقطع من رأس النخل ويوكل والودي صغار النخل وقوله كالمهيأ للاكل يعني مثل الخبز واللحم وامثالهما لانه يقطع في الحنطة والسكر بالاجماع اذا

اذا لم يكن العام عام مجاعة وقحط اما اذا كان فلا قطع سواء كان مما يتسارع اليه الفساد اولا وقوله كاللحم والثمر اللحم راجع الى قوله كالمهيأ للاكل منه والثمر راجع الى قوله وما في معناه فكان كلامه لفا ونشرا وقال الشافعي رحمه الله يقطع فيها اى فيما ذكرنا من اللبن واللحم والفواكه الرطبة والطعام والجرين المربد وهو الموضع الذى يلقى فيه الرطب ليجف وقيل هو موضع يدخر فيه التمر والجران مقدم عنق البعير من مذبحه الى منحره والجمع جرن فجاز ان يسمى الجران المتخذ منه وكان المراد احد الطرفين و يجوز ان يكون الشك من الراوي قلنا اخرجه على وفاق العادة فان في عادتهم ان الجرين لا يؤوي الا اليابس من التمر وفيه القطع في الرواية المشهورة **قوله** ولا قطع في الفاكهة على الشجر لا قطع في الفاكهة على الشجر وكان هذا معلوما من قوله والفواكه الرطبة لكن اعاده تمهيدا لقوله والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز فيهما ولا قطع في الاشربة المطربة اى المسكرة قال في الصحاح الطرب خفة تصيب الانسان لشدة حزن او سرور وفسر السكر في اصول الفقه بانه غلبة سرور في العقل فالتقيا في معنى السرور فلذلك استعير الاطراب للاسكار وقال الامام التمرتاشي لا قطع في الاشربة المسكرة وهو يؤذن بصحة تفسير المطربة بالمسكرة قوله لان بعضها ليس بمال اى مال متقوم كالخمر وفي مالية بعضها اختلاف يعني كالمنصف والباذق وماء الذرة والشعير لانها عند ابي حنيفة رحمه الله متقومة خلافا لهما وانما قيد الاشربة بكونها مطربة لما انه ذكر في الايضاح ويقطع في الخل لانه لا يتسارع اليه الفساد كذا في النهاية ونقل الناطفي عن كتاب المجرد عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا قطع في الخل لانه قد صار خمرا مرة ولا في الطنبور لانه من المعازف والمعازف آلات اللهو التي يضرب بها الواحد عزف رواية عن العرب وقوله ولا في سرقة المصحف ظاهر والصليب شيء مثلث كالتمثال تعبده النصارى والشطرنج بكسر الشين والنرد معروفان ولا قطع فيها وان كانت من ذهب او فضة وقوله وان كان الصليب في المصلى اي في موضع صلوة النصارى وهو معبدهم

وقوله وما عليه من الحلية تابع لا يقال يجوز ان يكون مقصوده من الاخذ هو الحلي فلا يكون
تابعا لانه لو كان ذلك مقصوده لاخذ الحلي وترك الصبي به وقوله لانه يجب القطع بسرقته
وحده فكذا مع غيره معناه سرق ما يجب فيه القطع وما لا يجب وضم ما لا يجب فيه القطع الى
ما يجب فيه القطع لا يسقط كما لو سرق ثوبا خلقا لا يساوي نصابا وفيه عشرة دراهم مضروبة
وقوله وعلى هذا اذا سرق اناء فضة ظاهر والدفاتر جمع دفتر وهي الكراريس ولا قطع فيها
كلها سواء كانت للتفسير او الحديث او الفقه لان المقصود منها ما فيها وذلك ليس بمال الا
في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الاوراق وهو مال متقوم
فاذا بلغ قيمته نصابا يقطع وعموم كلامه يشعر بان دفاتر الاشعار كدفاتر الفقه في عدم وجوب
القطع لكونها محتاجا اليها لمعرفة اللغة ومعاني القرآن والحاجة وان قلت كفت لايراث
الشبهة ومن الناس من الحقها بدفاتر الحساب لكونها غير محتاج اليها في معرفة احكام
الشرع ولا قطع في سرقة كلب ولا فهد وهو ظاهر ولا في دف ولا طبل والدف بضم الدال
وفتحها الذي يلعب به وهو نوعان مدور ومربع والمراد بالطبل طبل اللهو واما طبل
الغزاة فقد اختلف فيه المشائخ واختار صدر الشهيد عدم وجوب القطع لانه كما يصلح
للغزو يصلح لغيره فيتمكن فيه الشبهة وقوله لان عندهما لا قيمة لها بدليل ان متلفه لا يضمنه
وعند ابي حنيفة رحمه الله وان كان يجب الضمان على المتلف وهي متقومة لكن آخذها
يتأول الكسر فيها فكان ذلك شبهة والساج خشب يجلب من الهند والقنا بالقصر جمع
قناة وهي خشبة الرمح والآبنوس بمد الهمزة وفتح الباء معروف وقوله ولا توجد بصورتها
مباحة في دار الاسلام انما قيده بدار الاسلام لان الاموال كلها باقية على الاباحة في دار
الحرب وقوله واذا اتخذ من الخشب اواني فرق بين العمل المتصل بالخشب والعمل
المتصل بالحشيش بغلبة الصنعة على الاصل ففي الخشب تغلب الصنعة على الجنس
فتخرجه عن الجنس المباح بازدياد يحصل في قيمته ويعزه بحيث انهم يدخلونه في الحرز

في الحرز واما في الحشيش فليس كذلك ولهذا يفرشونه في غير الحرز حتى او غلب الصنعة على الاصل كالحصير البغدادية يجب القطع قوله وانما يجب القطع اي في الابواب في غير المركب بالجدار واما اذا كانت مركبة في الجدار فقلعها فاخذها فانه لا يقطع لان القطع انما يكون في مال محرز لا فيما يحرز به وما في البيت من المتاع فانما يحرز بالابواب المركبة فلا تكون محرزة قيل هذا في الباب البراني واما الباب الثاني في الداخل ففيه القطع لانه محرز بالبراني وقوله وانما يجب اذا كان خفيفا ظاهر وقوله ولا قطع على خائن الخيانة هو ان يخون المودع ما في يده من الشيء المأمون والانتهاب ان يأخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدة او قرية والاختلاس ان يأخذ من البيت سرعة جهرا والوجه ماذكر في الكتاب وهو واضح **قوله** ولا قطع على النباش اختلف الصحابة في مسئلة النباش فقال عمر وعائشة وابن مسعود وابن الزبير رضي الله عنهم بوجوب القطع على النباش وقال ابن عباس رضي الله عنه لا قطع عليه وقد اتفق على ذلك من الصحابة من بقي في عهد مروان على ما روي ان نباشا اتي به مروان فسأل الصحابة رضي الله عنهم عن ذلك فلم يثبتوا فيه شيئا فعزره اسواطا ولم يقطعه وبه اخذ ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله وبالاول اخذ ابو يوسف والشافعي رحمهما الله لقوله صلى الله عليه وسلم من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه اما انه مال متقوم فلا شبهة فيه فان البا س الثوب الميت لا يخرجه عن التقوم واما انه محرز فلانه ليس بمضيع الا ترى ان الاب والوصي اذا كفنا الصبي من مال الصبي لا يضمنان وما يكون محرزا لا يكون مضيعا وفيه الضمان واما قوله بحرز مثله بحرف الجر فلما بينه الطحاوي حرز كل شيء معتبر بحرز مثله حتى انه اذا سرق دابة من اصطبل يقطع ولو سرق لؤلؤة من الاصطبل لم يقطع واذا سرق شاة من الحظيرة يقطع ولو كان فيها ثوب فسرقه لم يقطع لان الشاة لا يحرز باحصن منها اذا كان بابها بحيث يمنع اخراج الشاة دون دخول الآدمي واخراج سائر الاموال وقوله ولهما اي لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله

وكلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وقوله وان كان القبر في بيت مقفل بسكون القاف من اقفل الباب وقوله فهو على الخلاف في الصحيح بيانه ما قال في المبسوط واختلاف المشائخ رحمهم الله فيما اذا كان القبر في بيت مقفل ثم قال والاصح عندي انه لا يجب القطع سواء كان نبش الكفن او سرق مالا آخر من ذلك البيت لان بوضع القبر فيه اختل صفة الحرز في ذلك البيت فان لكل احد من الناس تأويلا بالدخول فيه لزيارة القبر ولذلك اختلفوا فيما اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت فمنهم من قال يقطع لانه محرز بالقافلة قال شمس الائمة والاصح عندي انه لا يجب القطع لاختلال صفة المالكية والمملوكية في الكفن من الوجه الذي قررناه وقوله لما بينا اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع على المختفي والمعقول وهو قوله لانه لا ملك للميت حقيقة وقوله ولا يقطع السارق من بيت المال ظاهر **قوله** لانه مال العامة وهو منهم فانه يفهم من ذلك ان للسارق فيه حقا قوله لما قلنا اشارة اليه وقوله والحال والموجل فيه اي في عدم القطع سواء اما اذا كان حالا فظاهر واما اذا كان مؤجلا فلان التأجيل ليس الا لتاخير المطالبة واما نفس وجوب الدين فثابت قبل المطالبة ايضا والقياس ان يقطع لانه سرق مالا لا يباح له الاخذ كما لو سرق من خلاف جنسه ووجه الاستحسان ان الاخذ وان لم يكن مستحقا لمكان الاجل كان له شبهة حق الاخذ وهي كافية للدرء وقوله وكذا اذا سرق زيادة على حقه ظاهر وقوله لان له ان يا خذه عند بعض العلماء يريد به ابن ابي ليلى فانه يقول وان ظفر بخلاف جنس حقه كان له ان يأخذه لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية ومن العلماء من يقول له ان يأخذه رهنا بحقه واختلاف العلماء يورث الشبهة قلنا هذا القول لا يستند الى دليل ظاهر اذا لقياس ان لا يأخذ جنس حقه في الدين الحال لان حقه في الوصف في الحقيقة وهذا عين لكنا تركناه فيه لقلة التفاوت بينهما ولا كذلك خلاف جنس حقه لفحش التفاوت فلا يترك القياس ولا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى

حتى لو ادعى ذلك اي انه اخذه قضاء لحقه او رهنا به درئ الحد عنه لان فعله في موضع الاجتهاد لا ينفك عن شبهة وان كان هو مخطئا في ذلك التأويل عندنا وقوله ولو كان حقه دراهم ظاهر وقوله وقيل لا يقطع قيل هو الاصح لان النقود جنس واحد كما في الزكوة والشفعة وقوله ومن سرق عينا ظاهر وقوله لان الثانية متكاملة كالاولى وجه التشبيه هو ان المتاع بعد رده على المسروق منه في حق السارق كعين اخرى في حكم الضمان حتى لو غصبها او اتلفها كان ضامنا فكذلك في حكم القطع لما انه مال معصوم كامل المقدار اخذ من حرز لا شبهة فيه وبهذه الاوصاف لزمه القطع في المرة الاولى فكذلك في المرة الثانية واما كونه اقبح فظاهر لتقدم الزاجر وقوله ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد اشارة الى قوله بعد اوراق ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا غرم على السارق بعد ماقطعت يمينه الى آخره وسقوط عصمة المحل يوجب انتفاء القطع فان قيل العصمة وان سقطت بالقطع لكنها عادت بالرد الى المالك اجاب بقوله وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه فقوله نظرا الى اتحاد الملك احتراز عما لو تبدل الملك في ذلك وهو جواب عن قوله كما اذا باعه المالك من السارق الخ وقوله والمحل احتراز عما اذا تبدل المحل كما في صورة الغزل وهو قوله فيما يجيء بقوله فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا الى آخره وقوله وقيام الموجب اي موجب سقوط العصمة وهو احتراز عما كان قبل القطع قوله بخلاف ما ذكر يعني ابا يوسف رحمه الله من صورة البيع لان الملك قد اختلف باختلاف سببه واصله حديث بريرة رضي الله عنها وهو معروف وقوله ولان تكرار الجناية معطوف على قوله ولنا ان القطع فهو دليل آخر وتقريره تكرار الجناية منه بالعود الى سرقة ما قطع فيه نادر جدا لتحمله مشقة الزاجر والنادر يعرى عن مقصود الاقامة وهو تقليل الجناية فلا يحتاج اليها وصار كما اذا قذف المحدود في القذف المقذوف الاول بالزنا الاول فانه لا يحد نظرا الى عرائه

عن مقصود الاقامة فان قيل نظير مسئلتنا حد الزنا في كون الحد في كل واحد منهما خالص حق الله تعالى ثم حد الزنا يتكرر بتكرر الفعل في محل واحد حتى ان من زنى بامرأة فحد ثم زنى بتلك المرأة مرة اخرى يحد ثانيا بخلاف حد القذف فان فيه حق العبد خصوصا على اصل الخصم وخصومة المقذوف في الحد في المرة الثانية غير مسموعة لان المقصود اظهار كذب القاذف ودفع العار عن نفسه وقد حصل ذلك بالمرة الاولى اجيب بان حد القذف نظير مسئلتنا من حيث ان هذا حد لا يستوفى الا بخصومة ولا يتكرر بتكرر الخصومة من شخص واحد في محل واحد كحد القذف والفرق بين المتنازع فيه وصورة الزنا ان الحد في الزنا انما هو باعتبار المستوفى والمستوفى في المرة الثانية غير المستوفى في المرة الاولى لان الاول تلاشى واضمحل والمسروق في المتنازع فيه هو بعينه المسروق في المستوفى في المرة الاولى وقوله فان تغيرت عن حالها ظاهر والقطع بالجر عطف على قوله من اتحاد المحل الله اعلم بالصواب

فصل في الحرز والاخذ منه

لما كان تحقق السرقة موقوفا على كون المسروق مالا محرزا وفرغ عن ذكر الموصوف شرع في بيان الحرز الذي يحصل به الوصف ثم العلة في سقوط القطع عن قرابة الولاد امران البسوطة في المال وفي حق الدخول في الحرز وعن ذي الرحم المحرم امر واحد وهو البسوطة في الدخول في الحرز ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة الوجه والكف على ما سيجيء في كتاب الكراهة وقوله وفي الثاني يعني في ذي الرحم المحرم خلاف الشافعي رحمه الله فانه يقول في غير الوالدين والمولودين يجب القطع لانه الحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع لعدم الحرز ولو سرق مال ذي

ذي الرحم المحرم من بيت غيره قطع لوجود الحرز وقوله وان سرق من امه من الرضاعة ظاهر وقوله والمحرمية بدونها اي بدون القرابة لا تحترم اي لا تجعل لها حرمة قوية عادة كما اذا اثبتت يعني المحرمية بالزنا فانه اذا سرق من بيت بنت المرأة التي زنى بها لا يعد شبهة في قطع اليد بل تقطع وان كانت المحرمية موجودة وكذلك اذا اثبتت بالتقبيل عن شهوة وقوله واقرب من ذلك اي من الحرمة الثابتة بالزنا الاخت من الرضاعة يعني ان الام من الرضاع اشبه الى الاخت من الرضاع في اثبات الحرمة من الحرمة الثابتة بالزنا ثم السرقة من بيت الاخت من الرضاع موجبة للقطع بالاجماع فيجب ان يكون من بيت امه من الرضاع كذلك ووجه الاقربية ان الحاق الرضاع بالرضاع اقرب من الحاقه بالزنا وقوله وهذا اي القطع مع الدخول عليها من غير استيذان وحشمة لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب واذا سرق احد الزوجين من الآخر ظاهر وقوله ودلالة معناه انها لما بذلت نفسها وهي انفس من الاموال فلان تبذل المال اولى وهو نظير الخلاف في الشهادة فان شهادة احد الزوجين لا تقبل للآخر عندنا وعنده تقبل في احد قوليه بل هذا اولى لان هذه البسوطة لما منعت قبول الشهادة فلان تمنع القطع وهو مما يندرئ بالشبهة اولى وقوله وهو مأثور عن علي رضى الله عنه درأ وتعليلا يريد به ما روي عن علي رضى الله عنه انه اتي برجل قد سرق من المغنم فدرء عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا **قوله** والحرز على نوعين الحرز في اللغة عبارة عن المكان الحصين ويجوز ان يقال هو ما يقصد به حفظ الاموال وهو على نوعين حرز لمعنى فيه وهو انما يكون بالمكان المعد لحفظ الامتعة والاموال ويختلف ذلك باختلاف الاموال كالدور والبيوت والصندوق والحانوت والحظيرة للغنم والبقر وحرز بالحافظ كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده متاعه فانه محرز به وكل واحد منهما ينفك عن الآخر وقد ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع من سرق رداء صفوان

من تحت راسه وهونائم في المسجد وهوليس بحرز لانه لم يقصد به الاحراز واذا سرق من البيت وان لم يكن له باب اوله باب ولكنه مفتوح وصاحبه ليس عنده يقطع ففي الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ فلوسرق من بيت مأذون له بالدخول فيه لكن مالكه يحفظه لا يقطع لان المعتبر هو الحرز بالمكان وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر في العيون انه عند ابي حنيفة رحمه الله يقطع فيه ووجه الصحيح ان الحرز الحقيقي هو الحرز بالمكان لانه يمنع وصول اليد الى المال ويكون المال مختفيا به واما الحرز بالحافظ فانه وان منع وصول اليد اليه لكن المال لا يختفي به ثم الحرز بالمكان لا يجب القطع بهتكه الا باخراج المتاع منه لقيام يده قبله والحرز بالحافظ يجب القطع فيه اذا اخذ المال لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فيتم السرقة وهذا ايضا مما يدلك على ان الحرز بالمكان اقوى ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع عنده او تحته هو الصحيح لان النائم عند متاعه يعد حافظا لمتاعه وقوله وهو الصحيح احتراز عن قول بعض المشائخ ان صاحب المتاع انما يكون محرزا لمتاعه في حال نومه اذا جعل المتاع تحت رأسه او تحت جنبه اما اذا كان موضوعا بين يديه فلا يكون محرزا له في حال نومه اخذ واذلك من قوله في الاصل المسافر ينزل في الصحراء فيجمع متاعه ويبيت عليه فسرق منه رجل يقطع قالوا قوله يبيت عليه يشير الى انه انما يقطع اذا نام عليه ومال الى الاول شمس الائمة رحمه الله وقال المودع والمستعير لا يضمنان بمثل ذلك لانه ليس بتضييع بخلاف ماقاله في الفتاوى يعني قال فيها انهما يضمنان في هذه الصورة لكن ذكر في الفتاوى الظهيرية مثل ماذكره شمس الائمة رحمه الله ثم قال وقالوا انما لا يجب الضمان اذا وضع الوديعة بين يديه ونام فيما اذا نام قاعدا واما اذا نام مضطجعا فعليه الضمان وهذا اذا كان في الحضر واما اذا كان في السفر فلا ضمان عليه نام قاعدا او مضطجعا كذا في النهاية

قوله ولا قطع على من سرق من حمام يعني في الوقت الذي اذن للناس بالدخول فيه

فيه او من بيت اذن للناس في دخوله لوجود الاذن عادة يعني في الحمام او حقيقة يعني في البيت الذي اذن للناس بالدخول فيه وقوله ويدخل في ذلك اي في قوله او من بيت اذن للناس بالدخول فيه وقوله الا اذا سرق منها ليلا استثناء من قوله ولا قطع وقوله ومن سرق من المسجد متاعا ظاهر وقوله ومن سرق سرقة اي مالا ويسمى الشيء المسروق سرقة مجازا ومنه قول محمد رحمه الله اذا كانت السرقة مصحفا وقوله وان كانت فيها اي في الدار مقاصير اي حجرات وبيوت قوله وان اغار انسان اي دخل بسرعة قال في النهاية ناقلا عن المغرب ان اغار لفظ شمس الائمة الحلوائي والضميري رحمهما الله واما لفظ محمد رحمه الله فهو وان اعان انسان من اهل المقاصير انسانا على متاع من يسكن مقصورة اخرى ولفظ شمس الائمة السرخسي رحمه الله كذلك وكأنه اصح لان الاغارة في باب السرقة غير لائقة لان السرقة اخذ مال في خفاء وحيلة فلذلك سمي السارق به لانه يسارق عين المسروق منه والاغارة اخذ في المجاهرة مكابرة ومغالبة وقيل يجوز ان يكون بعض اهل المقاصير يدخل على بعض آخر بالليل جهرا ومكابرة ومختفيا عن اعين الناس ومثل هذا المعنى لا يليق به الا الاغارة واذا صح المعنى جاز ان يكون لفظ الاغارة مرويا عن محمد رحمه الله وكأن قول المصنف رحمه الله فسرق منها بعد قوله اغار اشارة الى هاتين الجهتين وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان كل مقصورة الى آخره وقوله واذا نقب اللص البيت ظاهر وقوله وهي بناء على مسئلة تأتي بعد هذه اشارة الى مسئلة نقب البيت وقوله وان القاه في الطريق واضح وحاصله ان يده ثبتت عليه بالاخذ ثم بالرمي الى الطريق لم تزل يده حكما لعدم اعتراض يد اخرى على يده واذا بقيت يده حكما وقد تقرر ذلك بالاخذ الثاني وجب القطع وقوله ولم تعترض عليه يد معتبرة جواب عن قوله كما لو اخذه غيره فان هناك يدا معتبرة اعترضت عليه فاوجبت سقوط اليد الحكمية للسارق فلما لم تسقط اليد الحكمية ههنا

لم يرد ما ذكره زفر رحمه الله انه خرج من الحرز ولا مال في يده وقوله فاعتبر الكل اي القاء في الطريق ثم اخذه منه فعلا واحدا كما اذا اخذ المال وخرج معه من الحرز فانه فعل واحد كذا هذا وقوله واذا خرج ولم يأخذه جواب عن قوله كما لو خرج ولم يأخذ وقوله وكذا اذا حمله على حمار ظاهر **قوله** واذا دخل الحرز جماعة كلامه واضح وانما وضع المسئلة في دخول جميعهم لانهم اذا اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت واخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت واخرج المتاع ان عرف بعينه وان لم يعرف فعليهم التعزير ولا يقطع واحد منهم وان كان غير الداخل يعين الداخل والفرق بينهما انهم لما لم يدخلوا البيت لم يتأكد معاونتهم بهتك الحرز بالدخول فلم يعتبر اشتراكهم لما ان كمال هتك الحرز انما يكون بالدخول وقد وجد في مسئلة الكتاب فاعتبر اشتراكهم قالوا هذا اذا كان الآخذ الحامل ممن يجب عليه القطع عند الانفراد بان كان عاقلا بالغا واما اذا كان الآخذ الحامل صبيا او مجنونا فلا يقطع واحد منهم لان غير الحامل في هذا الفعل تبع للآخذ الحامل فاذا لم يجب الحد على من هو اصل لا يجب على من هو تبع وان كان الذي ولي الحمل والاخراج كبيرا لكن فيهم صبي او مجنون فكذلك الجواب على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الفعل من الكل واحد وقد تمكنت الشبهة في فعل بعضهم فلا يجب على الباقين وقال ابو يوسف رحمه الله يجب القطع الا على الصبي والمجنون وقوله ومن نقب البيت واضح والغطريفي هو الدرهم المنسوب الى غطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد والدراهم الغطريفية كانت من اعز النقود ببخارا كذا في المغرب ويؤيد وجه ظاهر الرواية ما روي عن علي رضي الله تعالى عنه انه قال واللص اذا كان ظريفا لا يقطع قيل وكيف ذلك قال ان ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غير ان يدخل وقوله بخلاف الصندوق جواب عن قوله كما

كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي فان قيل لو كان الكمال في هتك الحرز شرطا تحرزا عن شبهة العدم لما وجب القطع فيما تقدم من حمل بعض القوم المتاع دون البعض لان فيه شبهة العدم اجاب بان ذلك هو المعتاد * وان طر صرة الطرار هو الذي يطر الهميان اي يشقها ويقطعها والصرة وعاء الدراهم يقال صررت الصرة اي شددتها والمراد بالصرة ههنا نفس الكم المشدود فيه الدراهم وفي هذا التفصيل المذكور في الكتاب دليل على ان المذكور في اصول الفقه بان الطرار يقطع ليس بمجري على عمومه بل هو محمول على الصورة الثانية وهي ما اذا ادخل يده في الكم فطرها في الكم وقوله فلا يوجد هتك الحرز يعني ادخال اليد في الكم واخراج الدراهم منه وقوله في الوجهين اي من الخارج والداخل وقوله ينعكس الجواب يعني فيما اذا كان حل الرباط خارج الكم يجب القطع لانه لما حل الرباط الذي كان خارج الكم وقعت الدراهم في الكم فاحتاج في اخذ الدراهم الى ادخال اليد في الكم فلما اخرج الدراهم من الكم فقد هتك الحرز بخلاف ما اذا كان حل الرباط في داخل الكم فانه لا يقطع لانه لما حل الرباط في داخل الكم بقيت الدراهم خارج الكم ظاهرة محلولة فكان الاخذ من خارج الكم فلم يقطع لانه لم يهتك الحرز في اخذ المال لانه وان ادخل اليد في الكم الا انه ادخلها لحل الرباط لا لاخذ المال من الكم وهذا معنى قوله ينعكس الجواب لانعكاس العلة وقوله لانه يعتمده اي لان صاحب الكم يعتمد الكم في حفظ المال لا قيام نفسه عند المال لان قصد صاحب الكم من وجوده عند المال لا يخلو من احد الامرين قطع المسافة او الاستراحة وذلك لانه اما ان يكون في حالة المشي او في غير حالته ففي الاول قصده قطع المسافة لا حفظ المال وفي الثاني قصده الاستراحة والمقصود هو المعتبر في هذا الباب الا يرى ان من شق الجوالق الذي على ابل يسير واخذ الدراهم منه يقطع لان صاحب الدراهم اعتمد الجوالق حرزا لها فكان سارق الدراهم من الجوالق هاتكا للحرز فيقطع ومن سرق

الجوالق بمافيه والجوالق على ابل بسير لايقطع لان السائق اوالقائد انمايقصد بفعله قطع المسافة والسوق لا الحفظ فلم تصر الجوالق محرزا به مقصودا على ماهوالمذكور في الكتاب وقوله وان سرق من القطار بعيرا القطار الابل يقطر على نسق واحد والجمع قطر ومنه تقاطر القوم اذا جاء واارسالا وقوله وهذا يوكدما قدمناه من القول المختار يريد قوله ولافرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا الى قوله وهو الصحيح *

فصل في كيفية القطع واثباته

لما ذكر وجوب قطع اليد لم يكن بد من بيان كيفيته وهذا الفصل في بيانه الزند مفصل طرف الذراع في الكف والحسم من حسم العرق وكواه بحديدة محماة لئلا يسيل دمه فالقطع لماتلوناه يعني قوله تعالى وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا الخ واليمين بقرأة عبدالله ابن مسعود رضي الله عنه فاقطعوا ايمانهما وهي مشهورة جازت الزيادة بها على الكتاب وقد عرف في الاصول ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل اعني الرسغ متيقن به من حيث القطع والمقطوع لكونه اقل فقولنا من حيث القطع احترازعن قول بعض الناس ان المستحق قطع الاصابع فقط لان بطشه كان بالاصابع فيقطع اصابعه ليزول تمكنه من البطش بها لان فيه قطعا مكررا وفيما قلنا قطع واحد على انه مخالف للنص لان المذكور فيه اليد وقولنا من حيث المقطوع احترازعن قول الخوارج تقطع يمين السارق من المنكب لان اليد اسم للجارحة من رؤس الاصابع الى الابط لان فيه تكثير المقطوع وقوله كيف وصح ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بقطع يد السارق من الزند والحسم روى ابوهريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بسارق فقالوا يا رسول الله ان هذا سرق فقال صلى الله عليه وسلم ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله قال اذهبوا به فاقطعوا

فاقطعوا ثم احسموه الحديث وقوله ولانه لولم يحسم ظاهر قوله وخلد في السجن حتى يتوب حاصله ان السارق لا يوتى على اطرافه الاربعة بالقطع وانما تقطع يدينه اول سرقة ورجله اليسري في ثانيها ثم يعزر بعد ذلك ويحبس عندنا وعند الشافعي رحمه الله بعد الرابعة يحبس وعند اصحاب الظواهر في المرة الخامسة يقتل وقوله ويروى مفسرا كما هومذهبه وهو في حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في المرة الاولى تقطع يده اليمني وفي الثانية الرجل اليسرى وفي الثالثة اليداليسرى وفي الرابعة الرجل اليمنى وقوله ولان الثالثة ظاهر وقوله فحجهم اي غلبهم بالحجة يقال حاجه فحجه اي ناظره بالحجة فغلبه بها وقوله بخلاف القصاص جواب سوال تقريره لو قطع رجل اربعة اطراف يقتص منه بالاجماع وجميع ماذكرتم من المحظورات هناك موجود لانه لا يبقى له يد ياكل بها ويستنجي بها ورجل يمشي عليها وفيه تفويت جنس المنفعة وهذا نادر الوجود وتقرير الجواب ان القصاص حق العباد وحق العباد يراعى فيه المماثلة بالنص والحديث الذي رواه الشافعي رحمه الله دليلا على دعواه هذه طعن فيه الطحاوي وقال تتبعنا هذه الآثار ولم نجد لشيء منها اصلا اشاربها الى ما رواه الشافعي رحمه الله وقال ابونصر البغدادي قال الطحاوي انه حديث لا اصل له لان كل من تتبعناه من حفاظ الحديث ينكرونه ويقولون لم نجد له اصلا او نحمله على السياسة بدليل ما ورد في ذلك الحديث من الامر بالقتل في المرة الخامسة وقوله لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا يعني اذا كانت يده اليسرى مأوفة اومشيا ان كانت رجله اليمنى كذلك وباقي كلامه ظاهر **قوله** واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا السارق الحداد هوالذي يقيم الحد فعال منه كالجلاد من الجلد وانما قيد بقوله يمين هذا لانه اذا قال اقطع يده مطلقا فقطع الحداد يده اليسرى فلاضمان

عليه بالاتفاق لانه فعل ما امره به فانه امره بقطع اليد وان اليسرى يد فلا ضمان عليه ولم يذكر حكم ما اذا قطع اليمين بعد القضاء قبل ان يقول له اقطع وقال في المبسوط لا شيء عليه لان قيمة اليد قد سقطت بقضاء الامام عليه بالقطع فالقاطع استوفى يدا لا قيمة لها فلم يكن ضامنا لكن اد به الامام لانه اساء الادب حين قطعه قبل ان يأمر الامام به وكلامه واضح وقوله غير حق دليله ان الحق في اليمين في السرقة وهو ايضا لم يقطع يسارا احد ليكون حق قطع اليسار قصاصا ولا تاويل حيث لم يخطئ لان الكلام فيما اذا تعمد في قطع اليسار فلا يغني كما لو قطع رجله او انفه وان كان في المجتهدات لان المجتهد لا يعذر فيما اخطأ اذا كان الدليل ظاهرا كالحكم بحل متروك التسمية عامدا وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة وهي قوله تعالى فَاقْطَعُوا اَيْدِيَهُمَا فان ظاهره يوجب تناول اليدين جميعا فصار شبهة في حق القصاص اذ القصاص لا يثبت بالشبهة بخلاف ضمان المال وقوله ولابي حنيفة رحمه الله تقريره القول بالموجب سلمنا انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تاويل لكنه اخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا وعلى هذا التقدير لو قطعه غير الحداد اي لو قطع يسار السارق غير الحداد بعد حكم القاضي بقطع يمينه لا يضمن شيئا لان امتناع قطع اليمين بعد قطع اليسار لا يتفاوت بين ان يكون قاطع اليسار مامور الحاكم او اجنبيا غير مامور وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكره في شرح الطحاوي فقال فيه ولو قطع غيره يده اليسرى فان في العمد القصاص وفي الخطأ الدية وسقط القطع عنه في اليمين لانه لو قطع ادى الى الاستهلاك ويرد السرقة ان كان قائما وعليه ضمانه في الهالك وقوله ولو اخرج السارق يساره ظاهر وقوله ثم في العمد عنده اي عند ابي حنيفة رحمه الله عليه اي على السارق ضمان المال المسروق ان كان هالكا لانه لم يقطع حدا وانما خص ابا حنيفة رحمه الله بالذكر وان كان الضمان على السارق بالاتفاق دفعا لمن عسى يتوهم ان قطع اليسار وقع حدا

حدا عنده حيث لم يوجب الضمان على الحداد فازال ذلک ببيان وجوب الضمان ايذانا بان القطع لم يقع حدا اذ القطع والضمان لا يجتمعان وعدم الضمان على الحداد باعتبار انه اخلف خير الا باعتبار ان القطع وقع حدا واما على مذهبهما فظاهر لاحاجة الى ذكره لانهما يضمنان الحداد في العمد ولا يقع القطع حدا لامحالة فيضمن السارق لعدم لزوم الجمع بين الضمان والقطع حدا وقوله في الخطاء كذلک على هذه الطريقة اى على طريقة ان القطع لم يقع حدا لانه اذا لم يقع حدا لم يوجد ماينا في الضمان والمقتضي وهو الاتلاف موجود فيجب الضمان البتة وعلى طريقة الاجتهاد الذي قلنا في طريق ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان ضمان اليد عن الحداد بطل بطريق الاجتهاد لا يضمن السارق المال بوقوع القطع موقع الحد بالاجتهاد والضمان والقطع حدا لا يجتمعان

قوله ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه اختلف العلماء في اشتراط حضور المسروق منه وطلبه السرقة للقطع فقال ابن ابي ليلى لا حاجة الى ذلک وتقبل الشهادة على السرقة حسبة كالزنا لان المستحق بكل واحد منهما خالص حق الله تعالى وقال الشافعي رحمه الله ان اقر السارق بالسرقة فلاحاجة الى ذلک وان ثبتت بالبينة فلابد من ذلک لان الشهادة تبتني على الدعوى في الحال فما لم يحضر هو او نائبه لا تقبل شهادته وان غاب بعد ذلک لا يتعذر استيفاء القطع وعندنا حضوره شرط في الاقرار والشهادة جميعا عند الاداء وعند القطع لان الخصومة شرط لظهور السرقة لقيام احتمال رد الاقرار والاقرار له بالملک بعد الشهادة وبه تنتفي السرقة وكل ما هو شرط للشيء لا يتحقق بدونه فكان القطع قبل حضوره استيفاء الحد مع قيام الشبهة وهو لا يجوز وكلامه في الكتاب واضح خلا ان فيه توهم التكرار لان معنى قوله لان الجناية على مال الغير لا تظهر الا بخصومته هو معنى قوله لان الخصومة شرط لظهورها اى لظهور السرقة وهي الجناية ويمكن ان يدفع بان الاول تعليل لاشتراط الحضور والثاني لعدم التفرقة بين الاقرار والشهادة

وان كانا بمعنى واحد ومعنى قوله لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود قد تقدم **قوله** وصاحب الربوا قيل صورته رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهما قبضه فسرق منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلثة ولم يذكر العاقد الآخر من عاقدي الربوا فأنه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد فلا يكون له ولاية الخصومة بخلاف رب الوديعة والمغصوب منه فان الملك لهما باق وقوله وكل من له يد حافظة يريد متولي الوقف والاب والوصي ولوسرق سارق من احد هؤلاء وخاصم المالك قطع وان لم تكن السرقة من عنده لقيام الملك وقوله الا ان الراهن استثناء منقطع وقد اختلف نسخ الهداية فيه ففي بعضها الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين اوبعده وفي بعضها حال قيام الرهن بعد قضاء الدين واستصوبه الشارحون نقلا وعقلا اما نقلا فلانه موافق لرواية الايضاح والمحيط قال في المحيط اذا سرق الرهن من المرتهن فللمرتهن ان يقطعه وليس للراهن ان يقطعه لانه لا سبيل له على اخذ الرهن قال وان قضى الراهن الدين فله ان يقطعه لان له ان يأخذه وكذا في الايضاح واما عقلا فلان السارق انما تقطع يده بخصومة من له ولاية الاسترداد وليس للراهن ذلك قبل قضاء الدين والمراد بالرهن المرهون والضمير في بدونه راجع الى قضاء الدين وعلى النسخة الاولى الى قيام الرهن فكان شرط جواز القطع بخصومة الراهن امرين قيام المرهون حتى لو هلك لا سبيل للراهن عليه لبطلان دينه عنه وقضاء الدين لحصول ولاية الاسترداد حينئذ وزفر والشافعي رحمهما الله اتفقا في الحكم واختلفا في تخريج المناط فالشافعي رحمه الله بناه على اصله ان لا خصومة لهؤلاء المذكورين في الاسترداد عنده اذا جحد من في يده المال مالم يحضر المالك واذا لم يكن لهم ولاية الاسترداد لا يلتفت الى خصومتهم وزفر رحمه الله يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا تظهر في حق القطع لان فيه اي في ظهورها في حق القطع تفويت الصيانة لان المال

المال مضمون على السارق فلو استوفى القطع سقط الضمان فيكون فيه تضييع لا صيانة وهم مأمورون بالحفظ والصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وهذا ظاهر والسرقة قد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقة اي غير ضرورية فالموجب للقطع قد ظهر عند القاضي بحجة شرعية فيترتب عليه القطع وانما قال ان الخصومة غير ضرورية لان الاعتبار لحاجتهم الى استرداد اليد وهم في ذلك كالمالك لان اعتبار الخصومة من المالك لحاجته الى اظهار السرقة لاعادة اليد على المحل تحصيلا للاغراض المتعلقة باليد وهذا المعنى موجود في هؤلاء اما المستأجر والمستعير فلاحتياجهما الى الانتفاع بالمحل واما المرتهن والمودع فللرد الى المالك تخليصا للذمة عن عهدة الضمان والتزام الحفظ واذا ثبت ان الخصومة مطلقة اندفع ما قال زفر رحمه الله انها ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع وقوله والمقصود من الخصومة اي مقصود صاحب اليد احياء حق المالك وسقوط الضمان بسقوط العصمة من ضرورة القطع فكان ضمنيا والضمني غير معتبر وهذا جواب عن قول زفر رحمه الله لان فيه تفويت الصيانة وقوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض جواب سوال مقدر تقريره ان يقال ينبغي ان لا يقطع السارق بدون حضرة المالك كما مر في مسئلة قبيل هذا لاحتمال انه لو حضر اقر للسارق بالمسروق وتوجيه الجواب هذه شبهة موهومة الاعتراض فلا تعتبر كما اذا حضر المالك وغاب المرتهن فان فيه شبهة موهومة ايضا وهو ان يحضر المرتهن ويقول انه كان ضيفا عندي في الوقت الذي سرق ذلك ومع ذلك لم يشترط حضور المرتهن بل يقطع بخصومة المالك في ظاهر الرواية وقيد بظاهر الرواية احترازا عن رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله ان المالك ليس له ان يقطعه حال غيبة المودع لان السارق لم يسرق من المالك وانما سرق من الذي كان عنده فلم يجز ان يطالب بذلك غيره فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة

وبين ما اذا اقر السارق بالسرقة في غيبة المالك حيث لا يقطع مالم يحضر مع ان العلة المذكورة وهو قوله ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي الاقرار موجودة وشبهة الاذن بالدخول في الحرز والاقرار بالمسروق للسارق موهومة الاعتراض ومع ذلك لم يقطع اجيب بان الفرق من حيث ان ما نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة فلم تؤثر الشبهة في دفع العلة عن مقتضاها لقوتها بخلاف صورة الاقرار فانها لم تكن كذلك **قوله** وان قطع سارق بسرقة المسروق اذا سرق من السارق فاما ان يكون قبل قطع يده او بعده فان كان الثاني لم يكن له اي للسارق ولا للمالك ان يقطع يد السارق الثاني اما السارق فلوجهين احدهما ان المال غير متقوم في حقه حتى لا يجب الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها والثاني ان يده لم تبق من الايدي التي ذكرناها من ملك وضمان ووديعة وخصومة من هذه صفته لا تعتبر في القطع واما المالك فللوجه الاول وقوله وللاول اي السارق الاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه وليس له ذلك في رواية اخرى لان يده ليست بصحيحة لكون اليد الصحيحة عبارة عن ان تكون يد ملك اوضمان اوامانة ولم توجد وان كان الاول يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم كان لضرورة القطع وكذا خروج يده عن كونها يد ضمان كان لذلك وقد انتفى ذلك فصار كالغاصب والدرء بالشبهة كعدم القطع ههنا ولهذا قرن المصنف رحمه الله بينهما ومن سرق سرقة فردها على المالك فاما ان ردها قبل الارتفاع الى الحاكم اوبعده فان كان الاول لم يقطع في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة بجامع ان القطع حق الله تعالى فلا يحتاج فيه الى الخصومة فكان ماقبل الارتفاع ومابعده سواء وجه ظاهر الرواية ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع

قطع المنازعة يعني ان السرقة تظهر بالبينة والبينة حجة ضرورة قطع الخصومة وقطع الخصومة بدونها غير متصور فثبت ان الخصومة شرط لظهور السرقة والخصومة قد انقطعت بالرد الى المالك فشرط ظهور السرقة قد انقطع واذا انقطع شرط ظهورها انقطع ظهورها ولا قطع بدون ظهورها وان كان الثاني فطع لان الشرط لم ينقطع بل انتهى بحصول المقصود منه وهو استرداد المال الى المالك والشيء يتقرر بانتهائه لا انه يبطل كالنكاح يتقرر بالموت لا انه يبطل لكنها اعني الخصومة تجعل باقية تقديرا لاستيفاء القطع والرد الى ابن المسروق منه والى اخيه وعمه وخاله وهم في عياله وكذا الى امرأته واجيره مشاهرة او عبده وكذا الرد الى ابيه او امه اوجده سواء كانوا في عياله اولم يكونوا كالرد الى نفسه استحسانا واذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبه المالك وسلمه اياه اوباعه اياه لم يقطع وانما فسر المصنف رحمه الله كلام الجامع الصغير بقوله معناه اذا سلمت لان الهبة اذا لم يتصل بالتسليم والقبض لا يثبت الملك وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله قالوا لان السرقة قد تمت انعقادا باخذ مال الغير على وجه الخفية من حرز لا شبهة فيه اذ وضع المسئلة في ذلك وظهورا لان الفرض انه قضى عليه بالقطع ولا يكون ذلك الا بعد ظهورها وبهذا العارض يعني ثبوت الملك للسارق بسبب الهبة او البيع لا يتبين قيام الملك وقت السرقة لان ثبوت الملك بهما انما يكون على وجه الاقتصار على وقت ثبوت الهبة او البيع وهذا احتراز عما اذا اقربه المسروق منه للسارق فان الاقرار يظهر ما كان ثابتا للمقر له من الملك فليزمه ثبوت الملك للسارق وقت وجود السرقة فيكون شبهة ولنا ان الامضاء من القضاء يعني ان استيفاء الحد من تتمة قول القاضي حكمت او قضيت بالقطع او بالرجم او بالحد في هذا الباب يعني باب الحدود لوقوع الاستغناء عنه اي عن القضاء بالاستيفاء يعني ان القضاء في هذا الباب لا يغني غناؤه الا بالاستيفاء لان القضاء للاظهار ولا اظهار ههنا لان القطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده فلو لم يجعل الاستيفاء قضاء في هذا الباب لعرى عن الفائدة بالكلية وهو

باطل بخلاف حقوق العباد فان القضاء فيها يفيد اظهار الحق للطالب على المطلوب فلا حاجة الى جعل الامضاء من تتمة القضاء فهذا اوجه تفويض استيفاء الحدود الى الائمة دون سائر الحقوق واذا كان كذلك اي اذا كان الامضاء من القضاء يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء كما يشترط وقت ابتداء القضاء وقد انتفى ذلك بالبيع والهبة وهذا لان ما يكون شرطا لوجوب القضاء يراعى وجوده الى وقت الاستيفاء لان المعترض قبل الاستيفاء كالمقترن باصل السبب بدليل العمي والخرس والردة والفسق في الشهود فان الحدود لا تستوفى اذا كانت الشهود على هذه الاوصاف في وقت الاستيفاء بالاجماع ذكره في الاسرار وقوله وصار كما اذا ملكها قبل القضاء يعني صار الملك الحادث بعد القضاء قبل الاستيفاء كالملك الحادث قبل القضاء لانه لما لم يمض فكأنه لم يقض ولقائل ان يقول جعلتم الخصومة باقية تقديرا في صورة رد المسروق بعد المرافعة قبل الاستيفاء ولم يكن الاستيفاء ثمّ من القضاء حتى اوجبتم القطع وههنا جعلتم الاستيفاء من القضاء وجعلتم البيع والهبة دافعا لوجوب الحدود وما ذلك الا تناقض صرف والجواب ان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود مطلقا لكن في صورة الرد لم يحصل بالرد سوى الواجب عليه بالاخذ وههنا حدث بينهما تصرف موضوع لافادة الملك فكان شبهة في درء الحد **قوله** وكذلك اذا انتقصت قيمتها من النصاب هذا معطوف على قوله فوهبت له وقوله يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء بيان لذلك لان الكلام في المعطوف عليه كان على ذلك التقدير وقوله اعتبارا بالنقصان في العين يعني بان هلك درهم من العشرة او استهلكه وهذا بناء على ان المعتبر في قيمة المسروق ان يكون يوم السرقة ويوم القطع عشرة دراهم فان نقص عن ذلك قبل القطع في العين لم يمنع عن الاستيفاء بالاتفاق وان كان النقصان لتراجع السعر فكذلك عن محمد رحمه الله في غير ظاهر الرواية اعتبارا بالاول بجامع وجود سرقة النصاب فيهما ووجه الظاهر ان كمال النصاب لما كان شرطا في الابتداء يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا ان الامضاء من القضاء والفرق بينه وبين

وبين النقصان في العين ان نقصان العين مضمون عليه اي على السارق والضمان قائم مقام المضمون فكان النصاب كاملا عينا وقت الاخذ ودينا وقت الاستيفاء كما اذا استهلك كله اما نقصان السعر فغير مضمون فكان النصاب ناقصا عند القطع فصار شبهة فافترقا * واذا ادعى السارق ان العين المسروق ملكه سقط القطع عنه وان لم تقم البينة وفسره المصنف رحمه الله بقوله معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وانما فسره بذلك احترازا عما اذا فعل ذلك بعد الاقرار بالسرقة فانه يسقط القطع بالاتفاق وقال الشافعي رحمه الله لا يسقط بمجرد الدعوى لافضائه الى سد باب الحد حيث لا يعجز سارق عن ذلك ولنا ان الشبهة دارئة والشبهة تتحقق بمجرد الدعوى لاحتمال الصدق ولا معتبر بما قال انه لا يعجز عنه سارق بدليل ان الرجوع عن الاقرار بالسرقة صحيح وما من مقر الا ويتمكن من الرجوع وكان ذلك معتبرا في ايراث الشبهة فكذا هذا وفيه نظر لان الاقرار حجة قاصرة والبينة حجة كاملة لما عرف ولا يلزم ان يكون مورث الشبهة في الحجة القاصرة مورثا لها في الكاملة والجواب ان الكمال والقصور انما هو بالنسبة الى التعدي الى الغير وعدمه وليس كلا منافيه واما بالنسبة الى المقر فهما سواء وقوله واذا اقر الرجلان بسرقة مبناه على صحة الرجوع وقوله لان الرجوع عامل في حق الراجع يعني لعدم المكذب ومورث للشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فيكون فعلا واحدا وقوله لانه لو حضر ربما يدعي الشبهة يعني وهي دارئة للحد عن نفسه وعن الحاضر فلو قطعنا الحاضر قطعناه مع الشبهة وهو لا يجوز ووجه القول الآخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب لان القضاء على الغائب لا يجوز فكان الغائب في هذه الشهادة كأنه معدوم والعدم لا يورث الشبهة في حق الموجود وهذا لان الشبهة هي المحققة الموجودة لا الموهومة على ما مر يريد قوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض **قوله** واذا اقر العبد المحجور عليه اذا اقر العبد بسرقة مال فاما ان يكون مأذونا له او محجورا عليه وكل منهما على

وجهين اما ان يكون المال قائما بعينه اومستهلكا وكل من ذلك على وجهين اما ان كذبه المولى اوصدقه فان صدقه يقطع في الفصول كلها لوجود المقتضي وانتفاء المانع وان كذبه وهو مأذون له قطعت يده عند العلماء الثلثة سواء كان الاقرار بمال قائم او مستهلك ويرد القائم على المسروق منه وان كان محجورا عليه فان اقر بمال مستهلك قطعت يده عند الثلثة وان اقر بمال قائم بعينه في يده قال ابو حنيفة رحمه الله يقطع يده ويرد المال الى المسروق منه وقال ابو يوسف رحمه الله يقطع يده والمال للمولى وقال محمد رحمه الله لايقطع يده والمال للمولى حكي عن الطحاوي رحمه الله انه قال سمعت استاذي ابن ابي عمران يقول الاقاويل الثلثة كلها عن ابي حنيفة رحمه الله فقوله الاول اخذ به محمد رحمه الله ثم رجع وقال كما قال ابويوسف رحمه الله واما قوله الثاني فاخذ به ابو يوسف رحمه الله ثم رجع الى القول الثالث واستقر عليه واصل ذلك ان القطع اصل والمال تابع بدليل انه يبطل بالتقادم وبدليل انه لو قال ابغي المال ولا ابغي القطع لم يسقط القطع وقال ابو يوسف رحمه الله كل منهما اصل اما اصالة القطع فبما قالوا في الحر اذا اقر وقال سرقت هذا المال من زيد وهو في يد عمرو وكذبه عمرو يصح اقراره في حق القطع دون المال واما اصالة المال فلانه اذا سرق مادون العشرة لايقطع ولان الخصومة شرط ولولا ان المال اصل لوجب القطع بدونها لانه محض حق الله تعالى وهو يستوفى بلا طلب وقال محمد رحمه الله المال اصل والقطع تبع ووجهه وجه قول ابي يوسف رحمه الله في اصالة المال واذا ثبت هذا ظهر ما في الكتاب سوى الفاظ نبينها فقوله في الوجهين يعني فيما اذا كان المال قائما بعينه اومستهلكا وقوله في الوجوه كلها اي فيما اذا كان العبد محجورا عليه اومأذونا له وفيما اذا كان المال قائما بعينه اومستهلكا وقوله لانه يرد على نفسه يعني فيما اذا اقر بقول الغير عمدا وطرفه يعني فيما اذا اقر بالسرقة وقوله يواخذ بالضمان يعني في المستهلك وقوله والمال يعني اذا كان قائما في يده وقوله من

من حيث انه آدمي يشير الى ان وجوب الحد باعتبار انه آدمي مخاطب لا باعتبار انه مال مملوك والعبد في ذلك كالحر فاقراره فيما يرجع الى استحقاق الجزء كاقرار الحر ولهذا لا يملك المولى الاقرار عليه بذلك وما لا يملك المولى على عبده الاقرار به فالعبد فيه ينزل منزلة الحر كالطلاق وقوله ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال يعني لما صح اقراره من حيث انه آدمي يصح من حيث انه مال ايضا بالسراية اليها لان آدميته لا تنفك عن ماليته وقوله لما يشتمل عليه اي على العبد من الاضرار لان ما يلحقه من الضرر باستيفاء العقوبة منه فوق ما يلحق المولى ومثله مقبول على الغير اي ومثل ما كان ضرر الاقرار فيه ساريا الى المقر والى الغير يسمع على الغير ايضا بطريق التبعية لانعدام تهمة الكذب في ذلك الاقرار كما اذا شهد الواحد عند الامام برؤية هلال رمضان وفي السماء علة يقبل الامام شهادته وان لم يقبلها في سائر المواضع لعدم التهمة حيث يلزمه الصوم كما يلزم غيره وكذلك الحر المديون المفلس اذا اقر بالقتل العمد فانه يقتص منه بالاجماع وان كان فيه ابطال ديون الغرماء وقوله ولا قطع على العبد في سرقته اي في سرقة مال مولاه وقوله يؤيده ان المال اصل فيها اشارة الى ما مهدناه من الاصل وقوله حتى تسمع فيه الخصومة بدون القطع مثل ان يقول اطلب منه المال دون القطع ويثبت المال دونه كما اذا شهد رجل وامرأتان او اقر بالسرقة ثم رجع فانه يضمن المال ولا يقطع وفي عكسه بان قال اطلب القطع دون المال لا تسمع الخصومة ولا يثبت القطع دون المال وقوله فلا يصح في حقه فيه اي فلا يصح اقرار العبد في حق المولى في المال وقوله والقطع مستحق بدونه اي بدون المال لان احد الحكمين ينفصل عن الآخر الايري انه قد يثبت المال دون القطع كما اذا شهد به رجل وامرأتان وكذا يجوز ان يثبت القطع بدون المال كما اذا اقر بسرقة مال مستهلك وقوله لما بينا اشارة الى قوله ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمي وقوله فيصح بالمال بناء عليه اي لما صح اقراره بالقطع باعتبار انه آدمي مكلف صح اقراره بالمال انه لغير المولى بناء على

صحة اقراره بالقطع لما مهدنا من اصله وقوله لان الاقرار يلاقي حالة البقاء يريد ان الاقرار بالشيء اظهار امر قد كان فلابد من وجود المخبر به سابقا على الاقرار وقوله حتى تسقط بالرفع لان حتى بمعنى الفاء وقوله باعتباره اي باعتبار القطع لما يجيء من اصلنا ان القطع لا يجتمع مع الضمان ثم سقوط العصمة والتقوم في حق السارق يدل على ان المال تابع لانه لو كان اصلا لما تغير حاله من التقوم الى غيره لان المقصود به انما يكون بالتقوم وكذلك استيفاء القطع بعد استهلاك المال يدل على ذلك اذ لا وجود للتابع مع عدم وجود الاصل وقوله بخلاف الحر جواب عما استشهد به ابو يوسف رحمه الله بقوله اذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد الى آخره وبيانه ان الحر لم لم يسمع قوله سرقته من عمرو في حق الرد الى عمرو ولا يلزم عدم القطع بل يقطع لانه يجعل المقر له وهو عمرو بمنزلة المودع فلا يجب رد المال اليه لما مر ان السارق اذا سرق المال من المودع يقطع بخصومته وان لم يرد اليه المال واما ههنا فلو لم يرد المال الى المسروق منه لزم ان يكون ذلك المال مال المولى فحينئذ لا يجب القطع لان العبد اذا سرق مال المولى لا تقطع يده ثم اتفق ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله على قطع يد العبد فقد جعلاه سارقا مال غير المولى فيرد الى الذي اقر بالسرقة منه وقوله ولو صدقه المولى قدمناه في اول البحث **قوله** واذا قطع السارق والعين قائمة في يده كلامه ظاهر وقوله كاستهلاك صيد مملوك في الحرم يعني من حيث انه يجب قيمته للمالك وقيمة اخرى لجزاء ارتكاب المحظور لله تعالى وقوله او شرب خمر الذمي يعني على اصلكم فان ضمان الخمر بالاستهلاك لا يجب عنده وان كان للذمي ولنا ما روى عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه لا يقال هذا الحديث يدل على ان العين اذا كانت قائمة لا ترد الى صاحبها لان ذلك لا يسمى غرما وقوله ما يؤدي الى انتفائه انما كان ما يؤدي الى انتفائه هو المنتفي لكونه ثابتا بالاجماع وقوله اذ لو بقي يعني معصوما حقا للعبد لكان مباحا في نفسه لانه عرف بالاستقراء ان

ان ماهو حرام حقا للعبد فهو مباح في نفسه فكان المال للسارق حراما من وجه دون وجه
فينتفي القطع للشبهة اذ الشبهة هي ان تكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فحينئذ يدرأ
بالحديث فاذا لم يبق معصوما حقا للعبد يصير محرما حقا للشرع كالميتة ولاضمان فيه
وهذا معنى ماذكر في المبسوط اذا صارت المالية لله تعالى في هذا المحل لم يبق للعبد
فالتحق في حق العبد بما لا قيمة له ولكن هذا لا يتقرر الا باستيفاء القطع لان مايجب
لله تعالى فتمامه بالاستيفاء فكان حكم الاخذ مراعى ان استوفي به القطع تبين ان
حرمة المحل في ذلك الفعل كانت لله تعالى فلا يجب ضمان العبد وان تعذر استيفاؤه
تبين ان حرمة المالية والتقوم كان للعبد فيجب الضمان وقوله الا ان العصمة جواب سوال
تقريره العصمة لما انتقلت الى الله تعالى وصار المال المسروق كالميتة والخمر وجب ان
لا يجب الضمان عند الاستهلاك وقد روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وجوب
الضمان فيه وتقرير الجواب ان سقوط العصمة انما كان ضرورة تحقق القطع وماثبت
بالضرورة يقتصر على محلها ولا يتعدى الى فعل آخر وهو الاستهلاك لانه لا ضرورة
في حقه لانه ليس بالقطع ولا من لوازمه وكذا الشبهة وهو كونه حراما لغيره يعتبر فيما هو
السبب وهو السرقة لان اعتبار الشبهة انما يكون لان يجعل السبب الموجب للحد غير
موجب احتيالا للدرء والاستهلاك ليس بسبب فلا يعتبر فيه الشبهة ووجه المشهور وهو
عدم وجوب الضمان في الاستهلاك كما في الهلاك ان الاستهلاك اتمام المقصود
بالسبب وهو السرقة لانه انما سرق ليصرفه الى بعض حوائجه فكان تتمة للسبب لا انه فعل
آخر فتعتبر الشبهة فيه لاسقاط الضمان كاعتبارها في نفس السبب قوله وكذا يظهر سقوط
العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة قال
في النهاية اي لان سقوط العصمة في فصل الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة في
فصل الهلاك واقول معناه سقوط العصمة في الاستهلاك لازم من لوازم سقوطها

فى الهلاک والملزوم ثابت فاللازم كذلك وبيان الملازمة انه لولم يكن كذلک كانت العصمة باقية فى الاستهلاک موجبة وذلک غير صحيح لان الضمان يستوجب المماثلة بين المضمون والمضمون به بالنص وهي منتفية لان المضمون به مال معصوم فى الهلاک والاستهلاک حتى لوغصبه احد ضمنه هلک عنده او استهلكه والمضمون وهو المسروق معصوم فى الاستهلاک على ذلک التقدير دون الهلاک ولا مماثلة بين المعصوم فى الحالتين والمعصوم في حالة واحدة ومن الشارحين من قال لانه اى لان سقوط الضمان من ضرورات سقوط العصمة يعني انه يلزم من سقوط العصمة سقوط الضمان وهذا لان ضمان العدوان مبني على المماثلة بقوله تعالى فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ولا مماثلة بين المسروق وضمانه فينتفي الضمان لان المسروق ساقط العصمة حرام لعينه حقا للشرع غير منتفع به كالدم والميتة والذي يوخذ من السارق مال معصوم منتفع به ليس بحرام لعينه فلا يجب الضمان لانتفاء المعادلة وكلام المصنف رحمه الله ما يساعده فتأمل **قوله** ومن سرق سرقات فقطع في احدها فهو لجميعها كلامه واضح **قوله** لهما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب تقريره الحاضر ليس بنائب عن الغائب ومن ليس بنائب عن الغائب ليس له الخصومة في حق الغائب ولا بد من الخصومة لانها شرط ظهور السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع واذا لم يقع لها القطع بقيت اموالهم معصومة والمال المعصوم مضمون لا محالة وله ان الواجب بالكل اى بكل السرقات قطع واحد لانه يجب حقا لله تعالى وكل ما كان كذلک يتداخل وقد وجد ذلک والخصومة شرط الظهور عند الحاكم وقد وجد ذلک ايضا بالنسبة الى الجميع لان الشرط يراعى وجوده لا وجوده قصدا فاذا استوفي يعني ذلک القطع فالمستوفى كل الواجب الا ترى ان نفعه وهو الانزجار يرجع الى الكل فان قيل الحكم الثابت ضمنا لا يربو على الثابت صريحا والقطع يتضمن

يتضمن البراءة عن ضمان المسروق ولوابرأه الواحد عن ضمان الكل نصالم يبرأ فكيف يبرأ اذا ثبت ضمنا اجيب بانه كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع الشرب ووقف المنقول ثم ههنا لما وقع القطع في حق الكل بالاجماع تبعه ما هو الثابت في ضمنه وهو سقوط الضمان واعلم ان وقوع القطع لجميع السرقات بالاجماع وقد علمت بان القطع لا يجتمع مع الضمان فالقول بالضمان في واحدة منها بعد ذلك جمع بين القطع والضمان فذلك تناقض وقوله وعلى هذا الخلاف اذا كان النصب كلها لواحد يعني لو سرق النصب من شخص واحد مرارا فخاصم فى البعض فقطع لاجل ذلك فعند ابي حنيفة رحمه الله لا يضمن النصب الباقية وعندهما يضمن *

باب ما يحدث السارق فى السرقة

لما ذكر احكام السرقة وكيفية القطع ذكر في هذا الباب ما يسقط به القطع بسبب احداث الصنعة للشبهة والشبهة ابدا تتلو الثابت ذكرا ومن سرق ثوبا فشقه فى الدار بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي بعد الشق عشرة دراهم قطع قيد بقيدين ان يكون الشق فى الدار وان يساوي عشرة دراهم بعد الشق فى الدار لانه اذا اخرجه غير مشقوق وهو يساوي عشرة دراهم ثم شقه ونقصت قيمته بالشق من العشرة فانه يقطع قولا واحدا ولانه اذا شق فى الدار ونقصت قيمته عن العشرة ثم اخرجه لم يقطع لان السرقة قد تمت على النصاب الكامل فى الاول دون الثاني وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون ولهذا قلنا المالك بعد الشق بالخيار ان شاء ملكه الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك لانه لو لم ينعقد لما وجب التمليك بكره من السارق وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ثم فسخ البائع البيع فانه لا يقطع هناك فكذلك ههنا والجامع بينهما ان السرقة تمت

على عين غير مملوك للسارق ولكن ورد عليه سبب الملك ولهما ان الاخذ اي هذا الاخذ
الذي فيه خرق فاحش فاللام فيه للعهد بدليل قوله ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ
وتقريره انا لا نسلم ان له فيه سبب الملك لان الاخذ المعهود ليس بموضوع له وانما هو
موضوع سببا للضمان فكان له سبب الضمان لا سبب الملك وانما الملك يثبت له ضرورة
اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله اي مثل هذا الاخذ الذي هو
سبب الضمان لا يورث الشبهة لانه ليس بموضوع للملك كنفس الاخذ فانه يحتمل
ان يصير سببا بعد الضمان ومع هذا لم يعتبر شبهة كما اذا سرق البائع معيبا باعه ولم يعلم
المشتري بالعيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد وهو العيب فكذلك ههنا يقطع وان
انعقد سبب الضمان وهو الشق بخلاف ما ذكر اي ابو يوسف رحمه الله وهو قوله كالمشترى
اذا سرق مبيعا فيه الخيار للبائع لان سبب الملك فيه موجود اذ البيع موضوع لافادة
الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب لا يقال الاصل عندكم
ان القطع والضمان لا يجتمعان فاذا اختار تضمين النقصان كيف يتمكن من القطع
لان ضمان النقصان وجب بجناية اخرى قبل الاخراج وهي ما فات من العين والقطع
باخراج الباقي كما لو اخذ ثوبين فاخرق احدهما في البيت واخرج الآخر وقيمته
نصاب واورد على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة
مع انه لا يجب الضمان وعن هذا ذهب بعضهم الى انه ان اختار القطع لا يضمن بالنقصان
والجواب ان القطع للباقي بعد الخرق وليس فيه ضمان بخلاف المستهلك فان القطع
كان لاجله لا لشيء آخر وان اختار تضمين قيمة الثوب كلها وترك الثوب عليه لا يقطع
بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فانه اذا وهب له
بعد تمام السرقة يسقط القطع فلان لا يجب اذا ملكه قبل تمام السرقة اولى وهذا كله
اي هذا الخلاف مع هذه التفصيلات اذا كان النقصان فاحشا وهو الذي يفوت به بعض

بعض العين و بعض المنفعة فان كان يسيرا وهو مايفوت به بعض المنفعة فى الصحيح على
ماسيجيء تمام الكلام في تفسير الفاحش و اليسير في كتاب الغصب يقطع بالاتفاق لانعدام
سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة وقوله وان سرق شاة فذبحها ظاهر وقوله
ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع اي يساوي عشرة دراهم فصنعه دراهم او دنانير
قطع فيه وهو ظاهر وقوله واصله في الغصب يريد ان ماينقطع حق المغصوب منه عن
المغصوب من الصنعة يقطع حق المسروق منه من المسروق وهذه الصنعة تقطعه عندهما
خلافا له لهما ان هذه الصنعة تبدل العين اسما وحكما و مقصودا و كل ما كان كذلك ينقطع
به حق المالك كما اذا كان المغصوب صفرا فضربه قمقمة او حديدا فجعله درعا فانه ينقطع
به حق المالك وله ان عين المسروق باق والصنعة الحادثة والاسم الحادث ليسا بلازمين
فان اعادتها الى الحالة الاولى ممكنة والصنعة ههنا غير متقومة حتى لو كسر
ابريق فضة لم يكن للمالك اخذه وتضمين الصنعة والعين المسروقة متقومة واذا كان
كذلك كان اعتبار الباقي المتقوم اولى من الزائل الغير المتقوم وقوله فلم يملك عينه
اى عين المسروق وفي بعض النسخ عينهما اى عين الذهب والفضة وانما ملك شيئا
غيرهما فان الاعيان تتبدل بتبدل الصفات اصله حديث بريرة وقوله فان سرق ثوبا
فصبغه احمر قال صاحب النهاية صورة المسئلة سرق ثوبا فقطع فيه ثم صبغه احمر فان
لفظ رواية الجامع الصغير عن محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله فى السارق
يسرق الثوب فتقطع يده وقد صبغ الثوب احمر قال ليس لصاحبه عليه سبيل و لاضمان
على السارق وهذا كما ترى ليس فيه مايدل على قوله ثم صبغه لان الواو للحال وهو لا يدل
على التعقيب ولكن قول المصنف رحمه الله الاترى انه غير مضمون الخ انما يستقيم اذا كانت
صورة المسئلة ما قال وتحرير المذهبين واعتبار محمد رحمه الله واضح وقوله ولهما اي لابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله ان الصبغ قائم صورة ومعنى اما صورة فظاهر لان الحمرة فيه محسوسة

واما معنى فلان المسروق منه لو اخذ الثوب مصبوغا ضمن الصبغ وحق المالك في الثوب قائم صورة لتمكنه من الاسترداد لا معنى لانه غير مضمون على السارق بالهلاك او الاستهلاك فكان جانب السارق مرجحا كالموهوب له اذا صبغ فان حق الواهب ينقطع عنه بخلاف مسئلة الغصب يعني التي اعتبر بها صورة النزاع لان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه يعني الوجود ورجحنا جانب المالك لما ذكرنا من كون الثوب اصلا قائما وكون الصبغ تابعا وان صبغه اسود اخذ منه الثوب عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يوخذ عند ابي يوسف رحمه الله لان السواد زيادة عنده كالحمرة واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلان السواد عنده نقصان فلم يكن حق السارق قائما فيه معنى فلا يوجب انقطاع حق المالك واما عند محمد رحمه الله فان السواد وان كان عنده ايضا كالحمرة لكن لا يقطع حق المالك والله اعلم *

باب قطع الطريق

اعلم ان قطع الطريق يسمى سرقة كبرى واما تسميتها سرقة فلان قاطع الطريق يأخذ المال سرا ممن اليه حفظ الطريق وهو الامام الاعظم كما ان السارق يأخذ المال سرا ممن اليه حفظ المكان المأخوذ منه وهو المالك او من يقوم مقامه واما تسميته بالكبرى فلان ضرر قطع الطريق على اصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق وضرر السرقة الصغرى يخص الملاك باخذ مالهم وهتك حرزهم ولهذا غلظ الحد في حق قطاع الطريق وانما اخره عن السرقة الصغرى لانها اكثر وجودا منه وقوله واذا خرج جماعة قيل ذكر لفظ الجماعة ليتناول المسلم والذمي والحربي والحر والعبد واراد بالامتناع ان يكون قاطع الطريق بحيث يمكن له ان يدافع تعرض الغير عن نفسه بقوته وشجاعته وكلامه واضح وقوله قتلهم الامام حدا اي لا يسقط القتل بعفو الاولياء ويسمى قطاع الطريق محاربين

محاربين لان المال فى البراري محفوظ بحفظ الله فاذا اخذه على سبيل المغالبة كان
في صورة المحارب وقوله والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال فيه اشارة الى نفي
مذهب مالك رحمه الله لان الامام مخير بين هذه الاشياء نظرا الى ظاهر كلمة او وقوله
وهي اربعة هذه الثلثة المذكورة والرابعة يعني قوله فاخذوا قبل ان يأخذوا مالا ويقتلوا
نفسا وقوله وان اخذوا مال مسلم او ذمي وقوله وان قتلوا ولم يأخذوا مالا والرابعة مايذكر بعيد
هذا من القتل واخذ المال وقوله ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال اى على حسب
الاحوال الواقعة في قطع الطريق فاللائق تغليظ الحكم اى الجزاء بتغلظ الجناية لا التخيير
لانه يستلزم مقابلة الجناية الغليظة بجزاء خفيف او بالعكس وهو خلاف مقتضى الحكمة .
والكلام في هذا البحث قد قررناه فى التقرير مستوفى وقوله فلانه المراد بالنفي المذكور
يعني عندنا فان الشافعي رحمه الله يقول المراد به الطلب ليهربوا من كل موضع وماقلناه
اولى لان العقوبة بالحبس مشروعة والاخذ بمايوجد له نظير فى الشرع اولى من الاخذ
بما لا نظير له وقوله وشرط كمال النصاب في حق كل واحد الى آخره قال الحسن بن
زياد رحمه الله الشرط ان يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهما فصاعدا لان
التقدير بالعشرة في موضع كان المستحق باخذها عضوا واحدا وههنا المستحق عضوان
ولا يقطع عضوان فى السرقة الا في عشرين درهما وقلنا تغلظ الحد ههنا باعتبار تغلظ
فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال المأخوذ ففي النصاب هذا
الحد وحد السرقة سواء وقوله كئلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة حتى اذا كانت يده
اليسرى شلاء او مقطوعة لم تقطع رجله اليسرى واما اذا كانت يده اليمنى مقطوعة فانه
يقطع رجله اليسرى وقوله فالامام بالخيار حاصله ان الامام بالخيار فى الجمع بين العقوبتين
بين قطع الايدي والارجل مع القتل او الصلب وبين القتل او الصلب ابتداء من غير
قطع الايدي والارجل وكذلك للامام الخيار عند اختيار ترك قطع الايدي والارجل

بين القتل والصلب فكان الخيار للامام في موضعين وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وذكر في الكتاب قول ابي يوسف رحمه الله معه وقال محمد رحمه الله انه يقتل او يصلب ولا يقطع وذكر في عامة الروايات قول ابي يوسف رحمه الله معه لانه اي قطع الطريق جناية واحدة فلا يوجب حدين ولان مادون النفس دخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم فان السارق اذا زني وهو محصن فانه يرجم لاغير لان القتل يأتي على ذلك كله وقوله ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو ظاهر والتداخل في الحدود لا في حد واحد الا ترى ان الجلدات في الزنا لا تتداخل فان قيل لوكانا حدا واحدا لما جاز للامام ان يدع القطع كما لم يجز له ان يترك بعض الجلدات اجيب بان ولاية ترك القطع ليس بطريق التداخل بل لان مراعاة الترتيب ليست بواجبة عليه في اجزاء حد واحد فكان له ان يبدأ بالقتل لذلك ثم اذا قتله فلا فائدة في اشتغاله بالقطع بعد كما اذا ضرب الزاني خمسين جلدة فمات فانه يترك ما بقي لانه لا فائدة في اقامته والبعج الشق من حد منع وقوله وعن الكرخي رحمه الله مثله اي مثل ما نقل عن ابي يوسف رحمه الله انه قال يصلب وهو حي يطعن بالرمح حتى يموت وقوله توقيا عن المثلة لانها منهي عنها نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور وقوله بما ذكرناه اي بالصلب ثلثة ايام **قوله** واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه واذا قتل قاطع الطريق فلا ضمان عليه في مال اخذه كما لو سرق فقطع يده وكلامه واضح وقوله انحازوا اليهم اي انضموا وقوله وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح جعله الامام التمرتاشي حالة خامسة من احوال قطاع الطريق والمصنف رحمه الله لم يذكره في الاجمال بل قال هي اربعة لان مراد المصنف رحمه الله الاحوال التي يدل عليها الاجزية المذكورة في النص حدا وهي اربعة كما ذكره وقوله سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال بناء على ان ما دون النفس

النفس يجري مجرى الاموال فكان سقوط العصمة في حق المال سقوط العصمة في حق الجرح لان موجب الارش هو المال لانه لو لم تسقط لصارت شبهة في وجوب القطع اذ الجناية واحدة وهي قطع الطريق فاذا ظهر حق العبد فيه علم ان حق الله ليس بموجود وقد ظهر حق الله حيث وجب القطع وقوله فان شاء الاولياء قتلوه يعني قصاصا وقوله للاستثناء المذكور في النص يريد قوله تعالى إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ واعترض بان قوله إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا ههنا نظيره في قوله وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا فيكون الاستثناء من قوله وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ اذ كل منهما جملتان كاملتان عطفتا على جملتين كاملتين واجيب بان قوله وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ لا يصلح جزاء وقد قررناه في التقرير بخلاف قوله وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ واعترض ايضا بان التوبة متوقفة على رد المال اولا فان كان الثاني لا يستقيم التعليل بقوله اولان التوبة يتوقف على رد المال وان كان الاول كان الوجه الثاني داخلا في الوجه الاول فلا يكون علة مستقلة اذ لا يصح ان يكون الشيء الواحد جزء علة وعلة مستقلة بالنسبة الى حكم واحد واجيب بان بعض المشائخ رحمهم الله ذهبوا الى ان الحد يسقط بنفس التوبة وهي الاقلاع في الحال والاجتناب في المآل والندم على ما مضى والعزم على ان لا يعود اليه ابدا ولم يجعلوا التوبة بهذا المعنى موقوفة على رد المال وبعضهم ذهبوا الى ان الحد لا يسقط ما لم يرد المال فجعلوا الرد من تمامها فالمصنف رحمه الله جمع بين قولي المشائخ رحمهم الله بهذا الطريق ذكر الاختلاف الامام المحقق فخر الاسلام في مبسوطه وقوله ولا قطع في مثله اي في مثل ما اذا رد المال الى المالك لان الخصومة تنقطع برد المال اليه وهي شرط لوجوب القطع وقوله فظهر حق العبد يعني لما انتفى حق الشرع وهو القطع بانتفاء شرطه وهو الخصومة برد المال ظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي ولي القصاص او يعفو وقوله ويجب الضمان

معطوف على قوله حتى يستوفي ولي القصاص واعترض بان وجوب الضمان بسقوط الحد وسقوط الحد بالتوبة يتوقف على رد المال عند بعض المشائخ فكيف يتصور الهلاك او الاستهلاك بعد الرد الى المالك واجيب بانا نفرض المسئلة فيما اذا تاب ورد بعض المال بان يرد مال بعض المقطوع عليهم الطريق واستهلك مال البعض الآخر وهلك في يده حيث يصح توبته ويجب الضمان واقول هذا انما يتم اذا كانت التوبة متوقفة على رد المال في الجملة عند القائلين بذلك واما اذا كانت متوقفة على رد جميع الاموال فلم يتم ويجوز ان يقال هذا الوضع انما هو على قول البعض الآخر من المشائخ رحمه الله وقوله وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم يعني اذا باشر غير العقلاء صار الخلل في الاصل وله الاعتبار فلا يجب الحد على الكل وقوله فصار كالخاطي مع العامد يعني كما اذا رمى سهما الى انسان عمدا ورماه آخر خطأً واصابه السهمان معا ومات منهما لا يجب القصاص على العامد لان الفعل واحد فيكون فعل المخطي شبهة في حق العامد وقوله فقد قيل تأويله ذهب ابوبكر الرازي رحمه الله الى ان المسئلة محمولة على ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفي قطاع الطريق ذو رحم محرم من احدهم فانه لا يجب الحد على الباقين لان المأخوذ شيء واحد فاذا امتنع عن احدهم بسبب القرابة امتنع عن الباقين واما اذا كان لكل واحد منهم مال مفرد فالحد يجري عليهم لان الاخذ من كل واحد منهم لا تعلق به لغيره كما لو سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم من احدهم مالا ومن حرز اجنبي مالا آخر بخلاف ما اذا سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم ماله ومال غيره لان الشبهة هناك في الحرز ولا معتبر بالحرز في قطع الطريق فكل واحد حافظ لماله والاصح انه مطلق اي ليس بمقيد بكون المال مشتركا لان الجناية واحدة على ما ذكرناه لابي حنيفة وزفر رحمهما الله فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف السرقة من حرز ثم من حرز آخر لان كل واحد من الفعلين منفصل عن الآخر حقيقة وحكما وقوله بخلاف

بخلاف ما اذا كان فيهم مستأمن من جواب سوال تقريره قطع الطريق على المستأمن لايوجب الحد كالقطع على ذي الرحم المحرم ثم وجود هذا في القافلة يسقط الحد فينبغي ان يسقط وجود المستأمن فيهم ايضا وتقرير الجواب ان الامتناع في حق المستأمن لخلل في العصمة وهو اي الخلل يخص المستأمن فلا يصير شبهة لان الشبهة في غير الحرز لا تؤثر في الذي لا شبهة فيه كما اذا سرق الخمر فيه عشرة دراهم واما وجود ذي الرحم المحرم من قطاع الطريق فيورث شبهة في الحرز لان القافلة بمنزلة بيت واحد فكان هذا كالقريب سرق مال القريب ومال الاجنبي من بيت القريب فانه لا يقطع لشبهة تمكنت في الحرز وقوله ومن قطع الطريق ظاهر وقوله ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب منه قدر البعد بين المصر وبين القطاع مسيرة سفر في ظاهر الرواية وقوله لما بينا اشارة الى قوله لظهور حق العبد وقوله ومن خنق رجلا بالتخفيف من خنقه اذا عصر حلقه والخناق فاعله ومصدره الخنق بكسر النون ولا يقال بالسكون كذا عن الفارابي والله اعلم *

كتاب السير

قدم الحدود على السير لان كل واحد منهما حسن لمعنى في غيره وذلك الغير يتأدى بفعل المامور به الا ان الحدود معاملة مع المسلمين غالبا وعلى الخصوص في حد الشرب وفي السير المقابلة مع الكفار وتقديم ما بالمسلمين اولى والسير جمع سيرة وهي فعلة من السير وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي صلى الله عليه وسلم في مغازيه قال في المغرب اصل السيرة حالة السير الا انها غلبت في لسان صاحب الشرع على امور المغازي وما يتعلق بها كالمناسك على امور الحج والمغازي جمع المغزاة من غزوت العدو قصدته القتال وهي الغزوة والغزاة والمغزاة **قوله** الجهاد فرض على الكفاية قيل الجهاد هو الدعاء الى الدين الحق والقتال مع من امتنع عن القبول بالنفس والمال

وسببه كون الكفار حربا علينا وهو فرض كفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين وهو دليل قطعي فيفيد الفرضية ولقوله صلى الله عليه وسلم الجهاد ماض الى يوم القيامة اي نافذ من مضى في الارض مضاء اذا نفذ فان قيل كيف يصح التمسك على دعوى الفرضية بخبر الواحد اجيب بان خبر الواحد اذا تأيد بالحجة القطعية صح اضافة الفرضية اليه وههنا تأيد هذا الحديث بقوله فَاقْتُلُوا وبالاجماع وفيه نظر لانا لا نسلم انه اذا تأيد بالقطعي افاد الفرضية فان الفرضية حينئذ تكون ثابتة بذلك القطعي لا بخبر الواحد ويمكن ان يقال الخبر لم يذكره للدلالة على الفرضية بل لبيان دوامه وبقائه الى يوم القيامة فان الدلائل القطعية في الباب ليس فيها مايدل على ذلك وخبر الواحد جاز ان يكون بيانا لما احتمله النص واما كونه فرضا على الكفاية فلانه ما فرض لعينه لكونه افسادا في نفسه بتخريب البلاد وافناء العباد لكن لاعزاز دين الله تعالى ودفع الشر عن العباد اذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلوة الجنازة ورد السلام * والمراد بالكراع الخيل وقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا اي ركبانا ومشاة اوشبابا وشيوخا اومهازيل وسمانا اوصحاحا ومراضا واعترض بان قوله تعالى اِنْفِرُوا خِفَافاً وَثِقَالاً عام فما وجه تخصيصه بالنفير العام واجيب بآية دفع الحرج ولان النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج مع تخلف كثير من اهل المدينة فعلم بذلك اختصاصه بالنفير العام ولان الله تعالى قال لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ الى قوله وَكُلًّا وَعَدَ اللّٰهُ الْحُسْنٰى ووجه الاستدلال ان الله تعالى وعد القاعدين عن الجهاد الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين لاستحق القاعد الوعيد لا الوعد ثم الجهاد يصير فرض عين عند النفير العام على من يقرب من العدو وهو يقدر عليه واما من وراءهم فلا يكون فرضا عليهم الا اذا احتيج اليهم اما بعجز القريب عند المقاومة مع العدو واما بالتكاسل فحينئذ يفترض على من يليهم ثم وثم الى ان يفترض على

على جميع المسلمين واهل الاسلام شرقا وغربا على هذا التدريج وقوله فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية اراد بالاول قوله الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة اذ الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان بمجموع المستثنى والمستثنى منه اشارة الى ذلك وآخره وهو قوله حتى يحتاج اليهم الى النفير العام **قوله** وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤا واقتال الكفار الذين امتنعوا عن الاسلام واداء الجزية واجب وان لم يبدؤا بالقتال للعمومات الواردة في ذلك كقوله تعالى فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ * وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ * كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وغيرها فان قيل العمومات معارضة بقوله تعالى فَإِنْ قَاتَلُوكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ فانه يدل على ان قتال الكفار انما يجب اذا بدأوا بالقتال اجيب بانه منسوخ وبيانه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في الابتداء مامورا بالصفح والاعراض عن المشركين بقوله تعالى فَاصْفَحِ الصَّفْحَ الْجَمِيلَ * وَأَعْرِضْ عَنِ الْمُشْرِكِينَ ثم امر بالدعاء الى الدين بالموعظة والمجادلة بالاحسن بقوله تعالى أُدْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ الآية ثم اذن بالقتال اذا كانت البداءة منهم بقوله تعالى أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتَلُونَ الخ وبقوله فَإِنْ قَاتَلُوكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ ثم امر بالقتال ابتداء في بعض الازمان بقوله تعالى فَإِذَا انْسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرُمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ الآية ثم امر بالبداية بالقتال مطلقا في الازمان كلها وفي الاماكن باسرها فقال وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ * قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللهِ الخ وقوله ولا يجب الجهاد على صبي ظاهر وقوله ويكره الجعل على القتال ما دام للمسلمين فيء اراد بالجعل ما يضرب الامام للغزاة على الناس بما يتقوى به الذين يخرجون الى الجهاد لانه يشبه اجرة وحقيقة الاجرة حرام فما يشبه الاجرة يكون مكروها وقوله يغزى الاعزب يقال اغزى الامير الجيش اذا بعثه الى العدو ويقال رجل عزب بالتحريك لمن لا زوج له وجاء في الحديث وهو شاب اعزب والشخوص الذهاب من بلد الى بلد *

باب كيفية القتال

لما كان الامر الاول في باب الجهاد القتال بدأ ببيان كيفيته المدينة معروفة والحصن بكسر الحاء كل مكان محمي محرز لا يتوصل الى ما في جوفه فالمدينة اكبر من الحصن وقوله دعوهم الى الاسلام قيل لا يخلو من ان يقاتلوا قوما بلغتهم الدعوة اولم تبلغهم فان كان الثاني لا يحل القتال حتى يدعوا لقوله تعالى وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً وان كان الاول فالافضل ذلك وكان النبي صلى الله عليه وسلم اذا قاتل قوما من المشركين دعاهم الى الاسلام ثم اشتغل بالصلوة واذا فرغ جدد الدعوة ثم شرع في القتال وقوله كفوا عن قتالهم اي امتنعوا عن قتالهم اومنعوا انفسهم عنه فكف لازم ومتعد وقوله على ما نطق به النص يعني قوله تعالى قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللهِ الى ان قال حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عن يد وقوله وهذا في حق من يقبل منه الجزية ظاهر وقوله فنكفى بالنون على بناء المفعول مؤنة القتال بنصب مؤنة على المفعول الثاني وقوله للنهي اشارة الى ما روي انه صلى الله عليه وسلم بعث عليا رضي الله عنه في سرية وقال لا تقاتلوهم حتى تدعوهم الى الاسلام وقوله لعدم العاصم اي الموجب للغرامة وهو الدين على مذهب الشافعي رحمه الله اوالاحراز بالدار على مذهبنا وقوله مبالغة في الانذار لان النبي صلى الله عليه وسلم اذا قاتل قوما من المشركين دعاهم ثم اشتغل بالصلوة ثم دعا بعد الفراغ وجدد الدعوة وقدمناه وقوله اغار على بني المصطلق اي اخرجهم من خبائهم مهجومة عليهم وهم غارون اي غافلون وابنى على وزن حبلى موضع بالشام وقيل اسم قبيلة والغارة لا تكون بدعوة لان فيها استر الامر والاسراع لانها اسم مصدر للاغارة التي هو مصدر اغار البغل اوالفرس اغارة وغارة اذا اسرع في العدو وقوله البويرة على وزن دويرة مصغر الدار والكتب هوالذل والهوان وقوله وان كان فيهم اسير مسلم او تاجر رد لما قال الحسن ابن زياد انه

انه اذا علم ان فيهم مسلما او انه يتلف بهذا الصنع لم يحل له ذلك لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز الا يرى ان للامام ان لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم اولى من هذا الوجه وقلنا في رميهم دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام اي مجتمعه للشبه المعنوي بينها و بين بيضة النعامة وغيرها لان البيضة مجتمع الولد وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص واذا اجتمعا يقدم دفع الضرر العام على الخاص ولانه قلما يخلو حصن من حصونهم عن مسلم اسير او تاجر فلو امتنع عن الرمي باعتباره لانسد بابه اي باب الجهاد وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان في الرمي دفع الضرر العام الخ وقوله وما اصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة يعني عندنا وقال الحسن بن زياد وهو قول الشافعي رحمه الله فيه الدية والكفارة لان هذا هو عين صورة قتل الخطأ لانه يقصد بالرمي الكافر فيصيب المسلم والجواب انه اذا كان عالما بحقيقة حال من يصيبه عند الرمي لم يكن فعله خطأ بل كان مباحا محضا ولا دية ولا كفارة فيه ولنا ان الجهاد فرض وكل ما هو فرض فالغرامات لا تقترن به لان الفرض مأمور به لا محالة وسبب الغرامات عدوان محض منهي عنه وبينهما منافاة فان قيل هذا تعليل في معارضة قوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج اي مهدر والتعليل في مقابلة النص باطل اجيب بانه عام خص منه البغاة وقطاع الطريق فتختص صورة النزاع بما قلنا وفيه نظر لان القران شرط وهو ممنوع واقول قوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام معناه ليس في دار الاسلام دم مفرج وما نحن فيه ليس بدار الاسلام وقوله بخلاف حالة المخمصة جواب عما قاس عليه الحسن وقال اطلاق الرمي لضرورة اقامة الجهاد لا ينفي الضمان كتناول مال الغير حالة المخمصة يطلق لمكان الضرورة ويجب الضمان وتقرير الجواب ان الجائع يقدم على التناول عند رفع الحظر وان كان فيه ضمان لما فيه من احياء نفسه وهو منفعة عظيمة يتحمل بسببها ضرر الضمان اما الجهاد فمبني على اتلاف النفس اي نفس

سواد الكفار وقد يكون فيها مسلم فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا عن الجهاد الذي هو فرض وذلك لايجوز كما لايجوز ايجاب الدية والكفارة على الامام فيما اذا مات الزاني البكر من الجلاد لئلا يمتنع القاضي عن تقلد القضاء ويجوز ان يكون معناه الجهاد مبني على اتلاف النفس مطلقا لان المجاهد اما ان يقتل وقد يصادف المسلم او يقتل فلو الزمنا الضمان امتنع عن الجهاد الفرض لكونه خاسرا في كلتا الحالتين بخلاف ما اذا لم يضمن وقوله حذار الضمان منصوب على المفعول له **قوله** ولاباس باخراج النساء والمصاحف كلامه واضح سوى ما ننبه عليه السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار وعن ابي حنيفة رحمه الله اقل السرية مائة وقال محمد رحمه الله في السير الكبير افضل ما يبعث في السرية ان نا ه ثلثة ولو بعث بما دونه جاز وقال الحسن بن زياد رحمه الله من قول نفسه اقل السرية اربعمائة واقل الجيش اربعة الآف وقوله وهو التأويل الصحيح لقوله صلى الله عليه وسلم لاتسافروا بالقرآن في ارض العدو رواه ابن عمر رضي الله تعالى عنه وانما قيد التاويل بالصحيح احترازا عما قال ابو الحسن القمي النهي كان في ابتداء الاسلام عند قلة المصاحف وكذا روي عن الطحاوي رحمه الله وقوله لما بينا اشارة الى قوله في الباب السابق لتقدم حق المولى والزوج وقوله الا ان يهجم استثناء من قوله لايقاتلوا يعني عند الضرورة يقاتلون لان الجهاد حينئذ يصير فرض عين ولايظهر حق المولى والزوج عنده وقوله والمثلة المروية يقال مثلت بالرجل امثل به مثلا ومثلة اذا سودت وجهه اوقطعت انفه وما اشبه ذلك وقصة مثلة العرنيين مشهورة وقد انتسخت بالنهي المتأخر روى عمران بن الحصين رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قام فينا خطيبا بعدما مثل بالعرنيين الا كان يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة فتخصيصه بالذكر في كل خطبة دليل على تاكيد الحرمة وقوله ولا شيخا فانيا قال في الذخيرة هذا الجواب في الشيخ الكبير الفاني الذي لا يقدر على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين ولا يقدر على الاحبال ولا يكون

ولا يكون من اهل الرأي والتدبير اما اذا كان يقدر على ذلك يقتل لانه بقتاله محارب وبصياحه محرض على القتال وبالاحيال يكثر المحارب وقوله لان المبيح عنده اي للقتل الكفر وعندنا هو الحراب وقوله لما بينا اشارة الى قوله ولهذا لا يقتل يابس الشق وهو المفلوج قيل المراد بالذراري ههنا النساء وقوله هاه كلمة تنبيه الحقت بآخرها هاء السكتة وقوله الا ان يكون احد هؤلاء ممن له رأي في الحرب لما صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة وفي رواية ابن مائة وستين سنة لانه كان صاحب رأي وقوله فهو في حال افاقته كالصحيح يعني يقتل سواء قاتل اولم يقاتل كالصحيح فانه يقتل وان لم يقاتل بل لكنه انما يقاتل في حالة افاقته لانه ممن يقاتل و يخاطب وقوله امتنع عليه اي يقف عنده ويعالجه فيضرب قوائم فرسه ونحو ذلك وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان مقصوده الدفع والله اعلم بالصواب *

باب الموادعة ومن يجوز امانه

الموادعة المصالحة وسميت بها لانها متاركة وهي من الودع وهو الترك وذكر ترك القتال بعد ذكر القتال ظاهر المناسبة وقوله وكان في ذلك مصلحة قيل عليه بان قوله تعالى وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ ليس بمقيد بالمصلحة فكان الاستدلال به مخالفا للمدعى واجيب بان هذه الآية محمولة على ما اذا كانت في المصالحة مصلحة للمسلمين بدليل آية اخرى وهي قوله تعالى فَلَا تَهِنُوا وَتَدْعُوا إِلَى السَّلْمِ وَأَنْتُمُ الْأَعْلَوْنَ وبدليل الآيات الموجبة للقتال والا لزم التناقض لما ان موجب الامر بالقتال مخالف لموجب الامر بالمصالحة فلابد من التوفيق بينهما وهو بما ذكرنا بدليل موادعة رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل مكة على ما ذكر في الكتاب ولا يقتصر الحكم على المدة المروية وهي عشر سنين فكانت هذه المدة المروية من المقدرات التي لا تمنع الزيادة والنقصان لان مدة الموادعة تدور مع المصلحة

وهي قد تزيد وقد تنقص وقوله لتعدي المعنى يعني به دفع الشر وقوله بخلاف ما اذا لم يكن خيرا حيث لا يجوز للامام ان يوادعهم عملا بقوله تعالى فَلَا تَهِنُوا وَتَدْعُوا اِلَى السَّلْمِ ولان الموادعة ترك لجهاد صورة ومعنى اما صورة فظاهر حيث تركوا القتال واما معنى فلانه لما لم يكن فيه مصلحة للمسلمين فلم يكن في تلك الموادعة دفع الشر فلم يحصل الجهاد معنى ايضا وقوله نبذ اليهم نبذ الشيء من يدطرحه ورمى به نبذا ونبذ العهد نقضه وهو من ذلك لانه طرح له وقوله نبذ اليهم اي بعث اليهم من يعلمهم بنقض العهد وقوله صلى الله عليه وسلم في العهود وفاء لا غدر اي هي وفاء وقوله ولا بد من اعتبار مدة الى آخره قال الله تعالى وَاِمَّا تَخَافَنَّ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةً فَانْبِذْ اِلَيْهِمْ عَلَى سَوَاءٍ اي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك فعرفنا انه لا يحل قتالهم قبل النبذ وقبل ان يعلموا بذلك ليعودوا الى ما كانوا عليه من التحصين وكان ذلك للتحرز عن الغدر وقوله لما بينا من قبل يعني من قوله انه ترك الجهاد صورة ومعنى وقوله اذا لم ينزلوا بساحتهم اي اذا لم ينزل المسلمون بدار الكفار للحرب وقوله لانه مأخوذ بالقهر معنى يعني فيكون كالمأخوذ قهرا صورة ومعنى وهو المأخوذ بعد الفتح بالقتال وقوله لما فيه من اعطاء الدنية النقيصة وقوله الا اذا خاف الهلاك يعني على نفسه ونفس سائر المسلمين فحينئذ لا باس بدفع المال لما روي ان المشركين لما احاطوا بالخندق وصار المسلمون الى ما اخبر الله عنهم بقوله تعالى هُنَالِكَ ابْتُلِيَ الْمُؤْمِنُونَ وَزُلْزِلُوا زِلْزَالًا شَدِيدًا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عيينة بن حصين وطلب منه ان يرجع بمن معه على ان يعطيه كل سنة ثلث ثمار المدينة فابى الا النصف فلما حضر رسله ليكتبوا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم قام سيدا الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة رضي الله تعالى عنهما وقالا يا رسول الله ان كان عن وحي فامض بما امرت به وان كان رأيا رأيته فقد كنا نحن وهم في الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين وكانوا لا يطعمون ثمار المدينة الا بشرى او قرى فاذا اعزنا الله بالدين وبعث

وبعث فينا رسوله نعطيهم المدينة لا نعطهم الا السيف فقال صلى الله عليه وسلم اني رأيت العرب رمتكم عن قوس واحدة فاحببت ان اصرفهم عنكم فان ابيتم ذلك فانتم وذلك اذهبوا فلا نعطيكم الا السيف فقد مال رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الصلح في الابتداء لما احس الضعف بالمسلمين فحين رأى القوة فيهم بما قال له السعدان امتنع عن ذلك وقوله باي طريق يمكن قيل في هذا التعميم شبهة وهي انه لولم يمكن دفع الهلاك بذلك عن نفسه الا باجراء كلمة الكفر او بقتل غيره او بالزنا فان دفع الهلاك بذلك عن نفسه غير واجب بل هو مرخص فيه حتى لو قتل فيها بصبره عنها كان شهيدا واجيب عنها بان معنى الكلام باي طريق يمكن سوى الامور التي رخص فيها ولم يجب الاقدام عليها ونقول الواجب بمعنى الثابت فيندفع به وقوله ولا يجهز اليهم اي لا يبعث التجار اليهم بالجهاز وهو تاجر المتاع والمراد به ههنا السلاح والكراع والحديد قوله لما بينا يعني قوله ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين ويقال ماراهله اي اتاهم بالطعام والله اعلم *

فصل

لما كان الامان نوعا من الموادعة لان فيه ترك القتال كالموادعة ذكره في فصل على حدة وكلامه واضح وقوله ويسعى بذمتهم اي بعهدهم وامانهم ادناهم اي اقلهم وهو الواحد لانه لا اقل منه وانما فسر الادنى ههنا بالاقل احترازا عن تفسير محمد رحمه الله حيث فسره بالعبد لانه جعله من الدناءة والعبد ادنى المسلمين وقوله ولانه اي ولان كل واحد من الرجال والمرأة من اهل القتال اما الرجل فظاهر واما المرأة فبالتسبيب بالمال اوالعبيد واما قوله صلى الله عليه وسلم هاه ماكانت هذه تقاتل فمعناه بنفسها وقوله لملاقاته اي لملاقات الامان محله وهو محل الخوف وهو موجود فيهما على ما ذكرنا وقوله ثم يتعدى اي الامان الى غيره اى غير الذي آمن من اهل الاسلام كما في شهادة رمضان فان الصوم يلزم من شهد برؤية الهلال ثم

يتعدى منه الى غيره وقوله ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان اى التصديق بالقلب فكذا الامان لا يتجزى فاذا تحقق من بعض فاما ان يبطل او يكمل لا يجوز الاول بعد تحقق السبب فيتحقق الثاني كما اذا وجد الانكاح من احد الاولياء المتساوية في الدرجة صح النكاح في حق الكل لان سبب ولايته وهو القرابة غير متجز فلا يتجزى الولاية فكذلك ههنا واعلم ان المصنف رحمه الله استدل بالمعقول على وجهين جعل المناط في احدهما كون من يعطى الامان ممن يخافونه وفى الآخر الايمان والاول يقتضي عدم جواز امان العبد المحجور والتاجر والاسير والثاني يقتضي جوازه ولو جعلهما علة واحدة بحذف الواو عن الثاني ليقع علة لقوله ثم يتعدى الى غيره كان اولى ويمكن ان يجعل الاول علة والآخر شرطا وسماه سببا مجازا اذ الشيء يبقى على عدمه عند عدم شرطه وسيجيء في كلامه اشارة الى هذا وقوله الا ان يكون في ذلك مفسدة استثناء من قوله صح امانهم وقوله قد بيناه يعني في باب الموادعة بقوله وان صالحهم مدة الى آخره واليه اشار ايضا بقوله لما بينا قيل قوله ولو حاصر الامام حصنا وآمن واحد من الجيش تكرار محض لانه علم ذلك من قوله الا ان يكون في ذلك مفسدة واقول يجوز ان يكون ذلك قبل ان يحاصر الامام وهذا بعده ويجوز ان يكون اعادته تمهيد وتوطية لقوله ويؤدبه الامام لافتياته على رأيه اي لسبقه على راي الامام وحقيقة الافتيات الاستبداد بالرأي وهو الافتعال من الفوت وهو السبق وقوله ولا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم اى بالكفار للاتحاد في الاعتقاد وقوله لا يصح امانه لما بينا يعني قوله والامان يختص بمحل الخوف **قوله** ولا يجوز امان العبد اتفق العلماء على ان امان العبد المأذون صحيح لما روي ان عبدا كتب على سهمه بالفارسية مترسيد ورمى به الى قوم محصورين فرفع ذلك الى عمر رضي الله تعالى عنه فاجاز امانه وقال انه رجل من المسلمين وهذا العبد كان مقاتلا لان الرمي فعل المقاتل واما العبد المحجور عن القتال فلا يصح

علا يصح امانه عند ابي حنيفة رحمه الله ويصح عند محمد والشافعي رحمهما الله وذكر الكرخي رحمه الله قول ابي يوسف رحمه الله مع محمد رحمه الله واعتمد عليه القدوري في شرحه وذكر الطحاوي مع ابيحنيفة رحمه الله وهو الظاهر عنه واعتمد عليه صاحب الاسرار واستدلال محمد رحمه الله بالحديث ظاهر وقوله ولانه مؤمن ممتنع اي ذي قوة وامتناع اشارة الى شرط جواز الامان وهو الايمان والى علته وهو الخوف لان الخوف انما يحصل ممن له قوة وامتناع وقوله وبالمؤبد من الامان يعني عقد الذمة فان الحربي اذا عقد عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد يصح هذا العقد والقبول من العبد ويصير ذميا بالاتفاق حتى يجري عليه احكام اهل الذمة من المنع عن الخروج الى دار الحرب وقصاص قاتله وغير ذلك وقوله فالايمان لكونه شرطا للعبادة يعني شرطنا الايمان في قولنا ولانه مؤمن ممتنع ليصح امانه لانه شرط للعبادة والجهاد عبادة وهذا هو الموعود بقولنا فيما تقدم وسيجيء في كلامه اشارة الى هذا وقوله والامتناع يعني وشرطنا الامتناع ليتحقق ازالة الخوف به وقوله والتأثيرا عزاز الدين يعني ان العلة الجامعة في قياس العبد المحجور على المأذون له اعزاز الدين واقامة المصلحة الى آخره وتحقيق هذا ان الوصف المؤثر في امان العبد المأذون له الامتناع وشرطه الايمان فهذا الوصف معدل لظهور اثره وهو اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين في عين هذا الحكم وهو الامان في الحر فاذا وجد في المحجور عليه صح تعديته اليه كما في سائر الاقيسة وقوله وانما لا يملك المسابقة جواب عما يقال الاصل في الجهاد هو المسابقة وهو لا يملك فلا يملكه الامان ايضا وتقريره انما لا يملك المسابقة لما فيه من تعطيل منافع المولى وهو لا يملك ذلك ولا تعطيل لمنافعه في مجرد القول وقوله ولابيحنيفة رحمه الله انه محجور عن القتال يصح ان يكون ممانعة وتقريره لا نسلم وجود الامتناع لان الامتناع انما يكون لتحقق ازالة الخوف وهم لا يخافونه وان يكون معارضة وهو الظاهر من كلام

المصنف رحمه الله وتقريره انه محجور عن القتال وكل محجور عن القتال لا يصح
امانه لانهم لا يخافونه وفيه نظر فان الخوف امر باطن لا دليل على وجوده ولا عدمه
فالكفار من اين يعلمون انه عبد محجور عليه حتى لا يخافونه والجواب ان ذلك
يعلم بترك المسابقة فانهم لما رأوه شابا مقتدرا على القتال مع المقاتلين ولا يحمل سلاحا
ولا يقاتلهم علموا انه ممنوع عن ذلك ممن له المنع ولو قال المصنف رحمه الله انه محجور
عن القتال والامان نوع قتال لكان اسهل اثباتا لمذهب ابيحنيفة رحمه الله فتأمل وقوله
وفيه ماذكرناه يريد انه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر
وقوله وفيه سد باب الاستغنام اي على المسلمين وذلك ضرر في حقهم فاذا كان ممنوعا
عن الضرر للمولى فكيف يصح منه مايضر المولى والمسلمين وقوله بخلاف المؤبد
جواب عن قياس محمد رحمه الله صورة النزاع على عقد الذمه لانه اي الامان المؤبد
خلف عن الاسلام من حيث انه ينتهي به القتال المطلوب به اسلام الحربي فهو بمنزلة
الدعوة اليه اي الى الاسلام وهي نفع ولانه مقابل بالجزية وهي نفع ولانه مفروض عند
مسألتهم ذلك يعني ان الكفار اذا طلبوا عقد الذمة يفترض على الامام اجابتهم اليه
واسقاط الفرض نفع فافترقا وقوله فهو على الخلاف يعني على قول ابيحنيفة رحمه الله لا يصح
امانه وعند محمد رحمه الله يصح وقوله فالاصح انه يصح بالاتفاق اي باتفاق اصحابنا
رحمهم الله ليس على الخلاف لانه تصرف دائر بين النفع والضرر كالبيع فيملكه الصبي
بعد الاذن *

باب الغنائم وقسمتها

اخّر باب الغنائم عن فصل الامان لان الامام بعد المحاصرة اما ان يومنهم او يقتلهم ويستغنم
اموالهم فلما فرغ من ذكر الامان شرع في ذكر الغنائم وقسمتها والغنيمة ما نيل من اهل

اهل الشرك عنوة والحرب قائمة وحكمها ان يخمس والباقي بعد الخمس للغانمين خاصة
واذا فتح الامام بلدة عنوة اي قهرا قال في النهاية وقوله قهرا ليس بتفسير له لغة لان عنا يعنو عنوا
بمعني ذل وخضع وهو لازم و قهرا متعد بل يكون هو تفسيره من طريق شعور الذهن
لان من الذلة يلزم القهر او ان الفتح بالذلة مستلزم للقهر فهو بالخيار ان شاء قسمه اي قسم
البلدة بتأويل البلد بين المسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر
وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج كذلك فعل عمر
رضي الله تعالى عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم فان قيل قد خالفه
في ذلك جماعة اجاب بقوله ولم يحمد من خالفه يريد به نفرا يسيرا منهم بلال حتى دعا عليهم
على المنبر فقال اللهم اكفني بلالا واصحابه فما حال الحول وفيهم عين تطرق اي ماتوا
جميعا وفي كل من ذلك قدوة فيتخير ولقائل ان يقول لانسلم ان احدا من الصحابة
رضي الله تعالى عنهم بل اكثرهم يصير قدوة على خلاف ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم
اذ لم يصل الى حد الاجماع والجواب عنه من وجهين احدهما ان فعل النبي صلى الله عليه
وسلم اذا لم يعلم انه عليه الصلوة والسلام على اي جهة فعله يحمل على ادنى منازل افعاله وهو
الاباحة وحينئذ لا يستوجب العمل لا محالة فاذا ظهر دليل الصحابي رضي الله عنه جاز
ان يعمل بخلافه والثاني انه على تقدير انه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك وجوبا فان
عمر رضي الله تعالى عنه فعل ما فعل مستنبطا من قوله تعالى وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ بعد
قوله تعالى مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى
فيكون ثابتا باشارة النص وهي تفيد القطع فيكون الواجب احدهما يتعين بفعل الامام
كالواجب المخير في خصال الكفارة ففعل النبي صلى الله عليه وسلم احدهما وعمر رضي
الله تعالى عنه الآخر وقيل في التوفيق بينهما ان الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين كما فعل
النبي صلى الله عليه وسلم فانه كان عند حاجة المسلمين والثاني عند عدم الحاجة كما فعل

عمر رضي الله تعالى عنه ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا اي اقرار اهل بلد على بلدهم بالمن عليهم في العقار واما في المنقول المجرد فلا يجوز المن بالرد بان يدفع اليهم مجانا وينعم به عليهم وانما قيد المنقول بالمجرد لانه يجوز المن عليهم في المنقول بطريق التبعية في العقار وذلك في قوله بعد هذا وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل وقوله لانه لم يرد به اي بالمن الشرع فيه اي في المنقول المجرد وفي العقار خلاف الشافعي رحمه الله فانه لا يجوز المن فيه قال لان في المن ابطال حق الغانمين عندكم لان حقهم قد ثبت وتأكد بالاحراز فقد صار محرزا بفتح البلدة واجراء احكام الاسلام فيها وليس للامام ذلك او ملكهم يعني عندي فان الملك قد ثبت لهم بنفس الاحراز فلا يجوز يعني ابطال كل واحد من الحق والملك من غير بدل يعادله فان قيل الخراج يعادله اجاب بقوله والخراج غير معادل لقلته فان قيل فالحق او الملك ثبت في رقابهم ايضا وجاز له ان لا يقسمها اجاب بقوله بخلاف الرقاب يعني ان حقهم لم يتعلق بها لان للامام ان يبطل حقهم رأسا بالقتل فكذا له ان يبطله بالخلف وهو الجزية وهذا لانها خلقت في الاصل حرا والملك ثبت بعارض فالامام اذا استرقهم فقد بدل حكم الاصل فاذا جعلهم احرارا فقد بقي حكم الاصل فكان جائزا والحجة عليه ما رويناه يعني من فعل عمر رضي الله تعالى عنه وقوله ولان فيه نظرا يعني ان تصرف الامام وقع على وجه النظر في اقرار اهلها عليها لانه لو قسمها بينهم اشتغلوا بالزراعة وقعدوا عن الجهاد وكان يكثر عليهم العدو وربما لا يهتدون لذلك العمل ايضا فاذا تركها في ايديهم وهم عارفون بالعمل صاروا كالاكرة اي المزارعين العاملة للمسلمين العارفة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما انه يحظى به الذين يأتون من بعد كان فيه نظر لا محالة فيكون جائزا وقوله والخراج وان قل جواب عن قوله والخراج غير معادل لقلته وتقريره الخراج وان قل حالا لكونه بعض ما يمكن ان يخرج

يخرج في سنة فقد جل ما لا لدوامه بوجوبه كل سنة وقوله وان من عليهم ظاهر وقوله ليخرج عن حد الكراهة معناه ما قاله الامام التمرتاشي فان من عليهم برقابهم واراضيهم وقسم النساء والذرية وسائر الاموال جاز ولكن يكره لانهم لا ينتفعون بالاراضي بدون المال ولا بقاء لهم بدون ما يمكن به ترجية العمر الا ان يدع لهم ما يمكنهم به العمل في الاراضي **قوله** وهو في الاسارى بالخيار الامام فيما حصل تحت يده من الاسارى مخير بين الامور الثلثة ان شاء قتلهم لان النبي صلى الله عليه وسلم قد قتل عقبة بن ابي معيط والنضر بن ابي سهل بعد ما حصلا في يده وقتل بني قريظة بعد ثبوت اليد عليهم فان اسلموا سقط عنهم القتل لانه عقوبة وجبت للبقاء على الكفر فاذا زال الكفر سقط القتل وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام فان اسلموا بعد ذلك لم يسقط عنهم الرق لان الرق جزاء الكفر الاصلي على ما عرف بخلاف ما اذا اسلموا قبل الاستيلاء حيث لا يجوز القتل والاسترقاق ايضا لانه صار اولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء والاخذ وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا من فعل عمر رضي الله تعالى عنه فان قيل فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ ينافي ترك قتلهم فلا يجوز اجيب بانه ترك العمل به في حق اهل الذمة والمستأمن فكذا في المتنازع فيه بفعل عمر رضي الله تعالى عنه وقوله الا مشركي العرب استثناء من قوله وان شاء تركهم احرارا ولقائل ان يقول هذه الادلة تدل على خلاف المدعى لان المدعى هو ان يكون الامام مخيرا بين الامور الثلثة والادلة تدل على وجوب كل واحد منها لانه قال لان فيه حسم مادة القتال وذلك واجب لا محالة ثم قال لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وهو كالاول واقوى ثم استدل بما فعل عمر رضي الله تعالى عنه بقوله لما بينا وهو انما يصح على تقدير ان يكون ما فعله واجبا والا لزم التخيير بين الواجب وغيره وهو لا يجوز والجواب ان كل واحد من الامور واجب والامام مخير بينها كما في الواجب المخير وقوله ولا يجوز ان يردهم ظاهر

قوله ولا يفادى بالاسارى المفاداة بين اثنين يقال فاداه اذا اطلقه واخذ فديته ومنه قوله ولا يفادى بالاسارى اي لا يعطى اسارى الكفار ويؤخذ منهم اسارى المسلمين او المال عند ابيحنيفة رحمه الله وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله يفادى بهم اسارى المسلمين ولا يجوز الفدية بالمال وجعل في السير الكبير قولهما اظهر الروايتين عن ابي حنيفة رحمه الله ووجه ذلك ما ذكره وان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وقوله وله ان فيه تقوية وفي بعض النسخ معونة ظاهر ويجوز ان يبرز هذا في مبرز دفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص كما مر في صورة الرمي عند التترس بالمسلمين واما المفاداة باخذ المال منهم في اطلاق اسراءهم فلا يجوز في المشهور من مذهب اصحابنا رحمهم الله لما بينا ان فيه تقوية او معونة للكفر بعودهم حربا علينا * وفي السير الكبير انه لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر وسيجيء جوابه وقوله ولا يجوز المن عليهم المراد بالمن عليهم هو الانعام عليهم بان يتركهم مجانا من غير استرقاق ولا ذمة ولا قتل خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الاسارى يوم بدر يعني اباعزة الجمحي ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه للغانمين فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض كسائر الاموال المغنومة وما رواه من المن على ابي عزة فهو منسوخ بما تلوناه وكذلك قوله تعالى فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً وكذلك قصة اسارى بدر لان سورة براءة آخر ما نزلت وقد تضمنت وجوب القتل على كل حال لقوله تعالى فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ فكان ناسخا لما تقدم كله ولقائل ان يقول قد اجمعوا على انه مخصوص منه الذمي والمستأمن فجاز ان يخص منه الاسير قياسا عليهما ولحديث ابي عزة وغيرهما والجواب ان قياس الاسير على الذمي فاسد لوجود الذمة فيه دون الاسير وهي المناط وكذا على المستأمن لعدم استرقاق رقبته وحديث ابي عزة مقدم على الآية وغيرهما غير موجود او غير معلوم فلا يصح التخصيص بشيء من ذلك والمواشي

والمواشي جمع ماشية وهي الابل والبقر والغنم والمأكلة بضم الكاف وفتحها بمعنى وكلامه واضح ظاهر **قوله** ولايقسم غنيمة في دار الحرب قسمة الغنيمة في دار الحرب لايجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابويوسف رحمه الله جاز والتأخير الى الخروج الى دار الاسلام احب اليَّ وقال الشافعي رحمه الله لا بأس بذلك والاصل ان الملك لا يثبت للغانمين قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت وتبتني على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها فى الكفاية اي في كفاية المنتهي منها ان الامام اذا باع شيئا من الغنائم لا لحاجة الغزاة اوباع احد الغزاة فانه لايصح عندنا لعدم الملك وكذا لو اتلف احدهم شيئا في دار الحرب لم يضمنه وكذا لومات احدهم لا يورث سهمه ولو لحق الجيش مدد قبل القسمة في دار الحرب شاركوهم فى الغنيمة وقوله له ان سبب الملك ظاهر وقوله والثاني اي اثبات اليد الناقلة الى دار الاسلام منعدم لقدرتهم اي لقدرة الكفرة على الاستنقاذ ووجوده اي وجود الاستنقاذ ظاهر لكون المسلمين في ديارهم وقوله ثم قيل موضع الخلاف اي ان موضع الخلاف فيما اذا اصدرت القسمة عن الامام بدون الاجتهاد هل يثبت به حكم الملك لمن وقعت القسمة في نصيبه من الاكل والوطئ وسائر الانتفاع اولا فعنده يثبت وعندنا لا يثبت وقوله لان حكم الملك لا يثبت بدونه اى بدون الملك معناه ان ترتب هذه الاحكام دليل على ثبوت الملك المستلزم لجواز القسمة فعنده مرتبة بهذه القسمة الصادرة لاعن اجتهاد فيلزم منه ثبوت الملك وعندنا ليست بمرتبة فدل على ان الملك لم يكن ثابتا وهذا لان الملك علة لترتب الاحكام وقد وجد المعلول فيلزم وجود العلة لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة وعندنا لم يوجد المعلول فيلزم عدم وجود العلة لئلا يلزم تخلف العلة عن المعلول وانما قيد القسمة بقوله لاعن اجتهاد ليظهر موضع الخلاف فانه اذا قسم مجتهدا جاز بالاتفاق وقوله وقيل الكراهة اي حكم قسمة الغنائم في دار الحرب على مذهبنا الكراهة لا عدم الجواز لما فى القسمة

من قطع شركة المدد فتقل بها رغبتهم في اللحوق بالجيش ولانه اذا قسم تفرقوا فربما يكثر العدو على بعضهم وهذا امر وراء ما يتم به القسمة فلا يمنع جوازها وهي كراهة تنزيه عند محمد رحمه الله فانه قال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا يجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد رحمه الله الافضل ان يقسم في دار الاسلام وفيه نظر لان هذا يشير الى ان قول محمد رحمه الله على خلاف قول ابي حنيفة رحمه الله في القسمة في دار الحرب وليس بمشهور فانه لا خلاف بينهم في ظاهر الرواية عن اصحابنا رحمهم الله وفي غير ظاهر الرواية الافضلية منقولة عن ابي يوسف رحمه الله كما ذكرناه وايضا قوله على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا يجوز القسمة يدل على خلاف ما يدل عليه قوله وقيل الكراهة وفي الجملة هذا الموضع لا يخلو عن تسامح والمخلص عنه انهم اختلفوا في المراد بقوله ولا تقسم غنيمة في دار الحرب فقال بعض المشائخ رحمهم الله المراد به عدم جواز القسمة حتى لا يثبت الاحكام المرتبة على القسمة وقال بعضهم المراد به الكراهة وعلى هذا قوله على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا يجوز القسمة انما يصح على قول الاولين ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح لكونه محرما والمحرم راجح على المبيح الا انه تقاعد عن سلب الجواز بالاتفاق اما عند الشافعي رحمه الله فيجوز مطلقا واما عندنا فيجوز اذا احتاج الغزاة الى الثوب والدابة ونحو ذلك فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة لان الدليل المرجوح لما لم يبطل بالكلية حصل من معارضة الدليل الراجح والمرجوح الكراهة كما في سور الحمار **قوله** والردء والمقاتل في العسكر سواء الردء وهو العون والمقاتل وهو المباشر في العسكر في استحقاق الغنيمة سواء لاستوائهم في السبب وهو مجاوزة الدرب بنية القتال عندنا او شهود الوقعة عند الشافعي رحمه الله على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض او لغيره لما ذكرنا من الاستواء في السبب وقوله واذا لحقهم المدد ظاهر وقوله بناء على ما مهدناه من الاصل يريد ما مر ان سبب

سبب الملك عنده هو الاخذ والملك يثبت به وعندنا ان السبب هو الاحراز فاذا شارك
المدد الجيش في الاحراز الذي يتم به السبب شاركوهم في تأكد الحق بهم كما
لو التحقوا بهم في حالة القتال وانما ينقطع حق المشاركة بالاحراز او بقسمة الامام في دار
الحرب او ببيعه المغانم فيها لان بكل واحد منها يتم الملك فينقطع شركة المدد وقوله ولا حق
لاهل سوق العسكر في الغنيمة باطلاقه يفيد نفي السهم الكامل والرضخ وكذا ذكر
في المبسوط وعلل بان قصدهم التجارة لا اعزاز الدين وارهاب العدو الا ان يقاتلوا فلهم
السهم وقال الشافعي رحمه الله يسهم لهم في قول لقوله صلى الله عليه وسلم الغنيمة لمن
شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد وقوله ولنا انه لم يوجد المجاوزة واضح
وما رواه من قوله الغنيمة لمن شهد الوقعة موقوف على عمر رضي الله تعالى عنه ومثله ليس بحجة
عنده لانه لا يرى تقليد الصحابة اوتأويله ان يشهدها على قصد القتال الا يرى ان الكفار
يشهدونها وليس لهم شيء وان لم تكن للامام حمولة بفتح الحاء ما يحمل عليه من
بعير او فرس او بغل او حمار قسمها بين الغانمين قسمة ايداع وكلامه واضح قوله لانه
ابتداء اجارة اي من كل وجه وهذا احتراز عن اجارة مستأنفة في حالة البقاء فانه يجبر
على الاجارة بالاتفاق كما في مسئلة السفينة فان من استأجر سفينة شهرا فمضت المدة
في وسط البحر فانه ينعقد عليها اجارة اخرى باجرة المثل بغير رضاء المالك وقوله وصار
كما اذا نفقت دابته يعني في كونه ابتداء اجارة من كل وجه قوله ويجبرهم في رواية
السير الكبير ظاهر ويكون الاجر من الغنائم يبدأ به قبل الخمس لان في هذا
الاستيجار منفعة الغانمين فهو كالاستيجار لسوق الغنم والرمك وحق اصحاب
الحمولة لا يمنع صحة الاستيجار لان شركة الملك هي التي تمنع صحة الاستيجار
لا شركة الحق كما في مال بيت المال وقوله ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة واضح
مما تقدم وقوله ولا ملك قبل الاحراز فيه نظر لانه يناقض قوله فيما تقدم اذ بكل منها

يتم الملك والجواب انه ترك ذكر القسمة في دار الحرب وبيع الغنائم فيها ههنا اعتمادا علي ما ذكره هناك اولان ذلك بعارض الحاجة والاعتبار للامور الاصلية وقوله وقد بيناه اي في مسئلة قسمة الغنائم في دار الحرب وقوله ولا بأس بان يعلف العسكر اي دوابهم العلف في دار الحرب وقوله ولم يقيده بالحاجة يعني القدوري في مختصره وقد شرطها يعني محمدا رحمه الله في رواية وهي رواية السير الصغير ولم يشترطها في الاخرى وهي رواية السير الكبير ووجه كل منهما ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله وعلف ظهره اي دابته ولفظ الظهر مستعار لها والميرة الطعام فتعتبر حقيقتها اي حقيقة الحاجة في السلاح وقوله والدابة مثل السلاح يعني في اعتبار حقيقة الحاجة لكن اذا اعتبر حاجة الركوب اما اذا اعتبر فيها الاكل فهي كالطعام ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب قيل وليس بصحيح لان القدوري نفسه قال في شرح مختصر الكرخي بعدم جواز الانتفاع بالطيب اما الحطب فلتعذر النقل الى دار الاسلام جاز استعماله كما في العلف واما الادهان بالدهن فالمراد به الدهن المأكول كالزيت لانه لما كان مأكولا كان صرفه الى بدنه كصرفه الى اكله واذا لم يكن مأكولا لا ينتفع به بل يرده الى الغنيمة وقوله ويوقحوا به الدابة التوقيح تصليب حافرها بالشحم المذاب اذا حفي من كثرة المشي ونقل عن المصنف رحمه الله بالراء من الترقيح وهو الاصلاح قال هكذا قرأنا على المشائخ قال صاحب المغرب والراء خطاء لان الاول ههنا اولى واليق قلت هذا التعليل ان كان منقولا عنه فهو مناقض لان ترك الاولى لا يسمى خطاء وقوله وتاويله الى آخره انما احتاج المصنف رحمه الله الى هذا التأويل لانه اذا احتاج الغازي الى استعمال سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز وقوله وقد بيناه اشارة الى قوله بخلاف السلاح لانه يستصحبه الى آخره وقوله ولا يجوز ان يبيعوا اي لا يجوز ان يبيعوا بالذهب والفضة ولا يتمولونه اي يبيعونه بالعروض وقوله على ما قدمناه يعني انه لا ملك قبل الاحراز وكلامه

وكذا في قوله يباع ... الانتفاع في النصابين اي في فصل السلاح وفصل الثياب والدواب

قوله ومن اسلم منهم انما احتاج المصنف رحمه الله الى قوله معناه في دار الحرب ليقع الاحتراز به عن مستأمن دخل دارنا بامان فاسلم فيها ثم ظهر المسلمون على دار الحرب فان اولاده واموالة كلها فيء اذ الفيء ما نيل من الكفار بعد ما تضع الحرب اوزارها وتصير الدار دار الاسلام وقوله لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق لانه يقع جزاء الاستنكاف عن عبادة ربه فانه لما استنكف عن عبودية ربه جازاه الله تعالى بان صيره عبد عبيده ولما كان مسلما وقت الاستيلاء لم يوجد شرط الاسترقاق وهو الاستنكاف فلا يوجد المشروط واحترز بذلك عن الاسترقاق حالة البقاء فان الاسلام لا ينافيه كما تقدم وقوله واولاده الصغار وكل مال منصوبان بالعطف على مفعول احرز وقوله في يد صحيحة احترازعن يد الغاصب وقوله محترمة احترازعن يد الحربي وقيل هذا اي كون عقاره فيئا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الآخر وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في المبسوط والجامع الصغير فما كان في يده من المال فهو له الا العقار فانه فيء في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله استحسن في العقار ان اجعله له لانه ملك محترم له كالمنقول وهذا كما ترى مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد رحمه الله الا ان كان عنه ايضا روايتان فقد هان الخطب اذ ذاك وقوله وعندهما اي عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لان اليد على البقاع انما تثبت حكما ودار الحرب ليست بدار الاحكام فلا معتبر بيده فيها قبل ظهور المسلمين عليها وبعد الظهور يد الغانمين فيها اقوى من يده لغلبتهم وعند محمد رحمه الله يثبت وزوجته فيء لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام لان المسلم يتزوج الكتابية وتبقى كتابية ولم تصر مسلمة تبعا لزوجها اذ هو من باب الاعتقاد وكذا حملها فيء خلافا للشافعي رحمه الله في الحمل وهو يقول انه اي الحمل مسلم بتبعية ابيه والمسلم لا يسترق كالولد المنفصل *

ولنا انه جزؤها وهي قد صارت فيئا بجميع اجزائها الا يرى انه لا يجوز ان يستثنى
الجنين في اعتاق الام كما لا يستثنى سائر اجزائها فكما ان الحمل لا يصير عبدا عند اعتاق
الام مستثنيا بحال فكذا في الاسترقاق لا يصير الجنين مستثنى بعد ما ثبت الرق في الام
وقوله والمسلم محل للتملك جواب عن قوله انه مسلم تبعا وتقريره سلمنا انه مسلم تبعا
لكن المسلم محل للتملك تبعا لغيره كما اذا تزوج المسلم امة الغير يكون الولد
رقيقا بتبعية الام وان كان مسلما باسلام ابيه وقوله بخلاف المنفصل جواب
عن قوله كالمنفصل وهو ظاهر وكذلك قوله واولاده الكبار فيء * ومن قاتل
من عبيده فيء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل الدار واهل الدار
فيء ومن لم يقاتل فليس بشيء لانهم اتباعه وقوله وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء
غصبا كان او وديعة لان يده ليست بمحترمة اعترض عليه بان ما قام مقام غيره فانما يعمل
بوصف الاصل لا بوصف نفسه كالتراب مع الماء في التيمم ولما كان الحربي مقام
المودع المسلم كان الواجب ان يكون يده كيد المسلم محترما نظرا الى نفسه لا غير
محترم نظرا الى الحربي واجيب بان قيام يد المودع على الوديعة حقيقي وقيام يد المالك
عليها حكمي واعتبار الحكمي ان اوجب العصمة فاعتبار الحقيقة يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة
لان المال في اصله على صفة الاباحة وعصمته تابعة لعصمة المالك وانما تثبت التبعية
ان لو ثبتت يد المالك المعصوم له حقيقة وحكما وحكما مع الاحترام لانه بدون الاحترام
يعارضها جهة الاباحة الاصلية فلا تثبت بالشك وقوله وما كان غصبا في يد مسلم اختلف
نسخ الهداية في هذا الموضع فبعضها وقع هكذا وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يكون فيئا قال رضي الله تعالى عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير
وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف رحمه الله مع محمد رحمه الله وهو ليس
بصحيح لانه ليس بمذكور في السير الكبير بلفظ قالا بل ليس لابي يوسف رحمه الله فيه ذكر

ذكر وبعضها وقع هكذا وذكر قول ابي يوسف رحمه الله مع قول ابيحنيفة رحمه الله وهوايضا ليس بصحيح لان المذكور في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف رحمه الله مع قول محمد رحمه الله وبعضها وقع هكذا فهوفيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يكون فيئا وهذا هو الصحيح المطابق لرواية السير الكبير وشرح الجامع الصغير لهما ان المال تابع للنفس لكونه وقاية لها والنفس صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ماله فيها ولابيحنيفة رحمه الله انه اي المال الذي غصبه المسلم او الذمي من الحربي الذي اسلم مال مباح لانه ليس بمعصوم لعدم الاحراز حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه ليس في يد نائبه لكونه في يد الغاصب وهو ليس بنائب بخلاف المودع وكل مال مباح يملك بالاستيلاء بلا خلاف وقوله والنفس لم تصر معصومة جواب عن قولهما وقد صارت معصومة باسلامه وتقريره لا نسلم انها صارت معصومة باسلامه الا ترى انها ليست بمتقومة حتى لا يجب القصاص والدية على قاتله في دار الحرب فان قيل لو لم تكن معصومة لما كانت محرم التعرض كالحربي وليس كذلك اجاب بقوله الا انها محرم التعرض في الاصل يعني ان حرمة التعرض ليست لكونها معصومة وانما هي باعتبار ان النفس على الاطلاق محرم التعرض في الاصل لكونها مكلفة لتقوم بما كلفت به واباحة التعرض انما هي بعارض شره وقد اندفع بالاسلام فعادت الى اصلها لا باعتبار انها معصومة بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك فكان المقتضي موجودا والمانع منتف لان المانع كونه في يده حقيقة وحكما او حكما مع الاحترام وهذا ليس في يده حكما لان يد الغاصب ليست بنائبة عن يد المالك فلم تثبت العصمة فيجعل كأنه ليس في يد احد فكان فيئا وقوله واذا خرج المسلمون ظاهر وقوله معناه اذا لم تقسم يعني الغنيمة وقوله اعتبارا بالمتلصص فانه اذا دخل الواحد والاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا فهو لهم ولا يخمس لانه ليس بغنيمة اذ

الغنيمة هو المأخوذ قهرا باذن الامام بل هو مباح سبقت ايديهم اليه وقوله وبعد القسمة تصدقوا به اي اذا جاء وابما فضل من طعام او علف اخذوا من الغنيمة بعد قسمة الامام الغنيمة في دار الاسلام تصدقوا به ويقال رجل محوج اي محتاج وقوم محاويج وقوله لتعذر الرد على الغانمين يعني لتفرقهم وقوله فاخذ حكمه اي اخذت القيمة حكم الاصل وانما ذكر الضمير الى القيمة على تاويل مايقوم او على تاويل المذكور يعني لوكان فاضل الغنيمة الذي كان معه قائما بعينه وهو فقير فقد حل له التناول منه فكذا يحل التناول من قيمته لان القيمة تقوم مقام الاصل والله اعلم بالصواب *

فصل في كيفية القسمة

لما بين احكام الغنائم لا بد من بيان كيفية قسمتها والقسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع في مكان معين ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه وللرسول استثنى الخمس اي اخرجه استعار الاستثناء للاخراج لوجود معناه فيه ويقسم اربعة الاخماس بين الغانمين بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فلان الله تعالى قال وَاعْلَمُوا اَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَاَنَّ لِلّٰهِ خُمُسَهُ اضاف الغنيمة الى الغانمين وهم الغزاة ثم قال فَاَنَّ لِلّٰهِ خُمُسَهُ فكان بيان ضرورة ان بقية الاخماس للغزاة وقد عرف ذلك في اصول الفقه واما السنة فلان النبي صلى الله عليه سلم قسمها بين الغانمين ولان اربعة الاخماس للغانمين بالاجماع فيقسم بينهم ايصالا للحق الى المستحق ثم كيفية القسمة ان يعطي الفارس سهمين وللراجل سهما عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا وهو قول الشافعي رحمه الله للفارس ثلثة اسهم ورووا في ذلك ماذكر في الكتاب والغناء بالفتح والمد الاجزاء والكفاية والكر الحملة والفر بمعنى الفرار اذا كان لاجل ان يكون الكر اشد كان هو من الجهاد والفرار في موضعه محمود لئلا يرتكب النهي المذكور في قوله تعالى وَلَا تُلْقُوا

ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة ولا بيحنيفة رحمه الله ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما وهو ظاهر ولكن طريقة استدلاله مخالفة لقواعد الاصول فان الاصل ان الدليلين اذا تعارضا وتعذر التوفيق والترجيح يصار الى ما بعده لا الى ما قبله وهو ما قال فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله والمسلك المعهود في مثله ان يستدل بقوله ويقول فعله لا يعارض قوله ولكن القول اقوى بالاتفاق وقوله واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره اي سلمت عن المعارضة فيعمل بها يعني رواية ابن عباس وقوله فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل لان نفس الفرار ليس بمحمود بل الفرار انما يحسن اذا فعل لاجل الكر فيكونان من جنس واحد ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته يعني قد يزيد الفارس على فارس آخر والراجل على راجل آخر في الغناء والوقوف على تلك الزيادة متعذر لانها تظهر عند المسابقة وكل منهم مشغول بروحه واذا كان متعذرا وله سبب ظاهر ادير الحكم عليه وللفارس سببان نفسه والفرس وللراجل سبب واحد وهو نفسه فكان استحقاق الفارس على ضعفه وقوله ولا يسهم الا لفرس واحد واضح وحاصل الدليلين وقوع التعارض بين روايتي فعله عليه السلام والرجوع الى ما بعدهما وهو القياس بقوله ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب مفضيا الى زيادة الغناء بالقتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلثة افراس وقوله وما رواه محمول على التنفيل الى آخره استظهار في تقوية الدليل لان ما رواه لما سقط بالمعارضة لا يحتاج الى جواب عنه او تاويل له البراذين والعتاق سواء البراذين جمع برذون وهو فرس العجم والعتاق الكرائم يقال عتاق الطير والخيل لكرائمها والعراب خلاف فرس العجم والهجين هو ما يكون ابوه من الكوادن وامه عربية والكوادن البرذون ويشبه به البليد والمقراف عكس الهجين وانما تصدى بذكر التسوية بين البرذون والعتاق لان اهل الشام يقولون لا يسهم للبراذين ورووا فيه حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شاذا وحجتنا ماذكر

في الكتاب وهو واضح وقوله الين عطفا بفتح العين وكسرها فمعنى الفتح الامالة ومعنى الكسر الجانب **قوله** ومن دخل دار الحرب فارسا هذا البيان وقت اقامة السبب الظاهر مقام مايوجب زيادة السهم وهو وقت مجاوزة الدرب عندنا قوله وهكذا اي كقول الشافعي رحمه الله روى ابن المبارك عن ابيحنيفة رحمه الله في الفصل الثاني يعني ما اذا دخل دار الحرب راجلا ثم اشترى فرسا وقاتل فارسا في ظاهر الرواية لا يستحق سهم الفرسان والحاصل ان المعتبر عندنا في وقت اقامة السبب مقام ذلك حالة المجاوزة اي مجاوزة الدرب قال الخليل الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها لكن المراد بالدرب ههنا هو البرزخ الحاجز بين الدارين دار الاسلام ودار الحرب حتى لو جاوزت الدرب دخلت في حد دار الحرب ولو جاوز اهل دار الحرب الدرب دخلوا في حد دار الاسلام وعنده حال انقضاء الحرب اي تمامها وهذه رواية عنه والظاهر من مذهبه انه يعتبر مجرد شهود الوقعة ودليله يدل على ذلك وكان المصنف رحمه الله اشار بقوله حال انقضاء الحرب على احدى الروايتين عنه وبالدليل الى الاخرى لان قوله فيعتبر حال الشخص عنده اي عند القتال اشارة الى حال شهود الوقعة لا الى حال انقضائها وقوله والمجاوزة وسيلة رد لمذهبنا وقوله كالخروج من البيت يعني للقتال فانه وسيلة الى السبب ولا معتبر به في اعتبار حال الغازي من كونه فارسا وراجلا فكذلك في هذه الوسيلة وقوله وتعليق الاحكام جواب عما سنذكره في تعليلنا ان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وبيانه ان الاحكام قد تعلقت بوجود القتال حقيقة كاعطاء الرضخ للصبي اذا قاتل وكذلك المرأة والعبد والذمي ولو كان ذلك متعسرا لما ترتب عليه الاحكام ولئن سلمنا عسره لكن يجب تعلق حكم كونه راجلا وفارسا بحالة هي اقرب الى القتال وهي شهود الوقعة لا مجاوزة الدرب ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لان القتال اسم لفعل يقع به للعدو خوف وبمجاوزة الدرب قهرا وشوكة يحصل لهم الخوف فكان

فكان قتالا واذا وجد اصل القتال فارسالم يتغير حكمه بتغير احوالهم بعد ذلك لان ذلك حالة دوام القتال ولا معتبر بها لانه لا يمكن تعليق الحكم بدوام القتال لان الفارس لا يمكنه ان يقاتل فارسا دائما لانه لا بدله من ان ينزل في بعض المضائق خصوصا في المشجرة اوفي الحصن او في البحر وقوله ولان الوقوف على حقيقة القتال واضح على ما ذكره وقوله وتوهم عجزه يعني يحتمل ان يعجز المكاتب عن اداء بدل الكتابة فيعود الى الرق وحينئذ كان للمولى ولاية المنع فيمنع في الحال لوجود التوهم وقوله لانها عاجزة عن حقيقة القتال ظاهر واعترض عليه بانها لو كانت عاجزة عنها لما صح امانها لانه انما يصح ممن يخاف عليه القتال لقدرته على القتال واجيب بان الامان صحته لا يتوقف على القدرة على حقيقة القتال بل يثبت لشبهة القتال لانه مما يثبت بالشبهات وهي ليست بعاجزة عن شبهة القتال بمالها وعبيدها واما السهم من الغنيمة فانما يستحق بحقيقة القدرة على القتال وهي عاجزة عنها ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد فلا يبلغ بسهمه سهم المجاهدين والاول ليس من عمله اي الدلالة ليست من عمل الجهاد فكانت عملا كسائر الاعمال فيبلغ اجره بالغا ما بلغ **قوله** واما الخمس فيقسم على ثلثة اخماس ما مر كان احكام اربعة الاخماس واما الخمس فيقسم على ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم اي في الاصناف الثلثة ومعنى هذا الكلام ان ايتام ذوي القربى يدخلون في سهم اليتامى ويقدمون عليهم ومساكين ذوي القربى يدخلون في سهم المساكين وابناء السبيل منهم يدخلون في ابناء السبيل وسبب الاستحقاق في هذه الاصناف الثلثة الاحتياج غيران سببه مختلف في نفسه من اليتم والمسكنة وكونه ابن السبيل ثم انهم مصارفون لا مستحقون حتى انه لوصرف الى صنف واحد منهم جاز عندنا كما في الصدقات ولا يدفع الى اغنيائهم وقال الشافعي رحمه الله لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر

مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم من بني عبد شمس وبني نوفل لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير فيشترکان ولنا ان الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم قسموا الخمس على ثلثة اسهم على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة ولم يخالفهم احد فكان اجماعا وقوله وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم دليل على انه لم يصرف الى اغنيائهم شيء لانه قال يا بني هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة ايدي الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من ثبت في حقه المعوض وهم الفقراء يعني ان المعوض وهو الزكوة لا يجوز دفعها الى الاغنياء فكذلک يجب ان يكون عوض الزكوة وهو خمس الغنائم لا يدفع اليهم لان العوض انما يثبت في حق من فات عنه المعوض والا لا يكون عوضا لذلک المعوض فان قيل هذا الحديث اما ان يكون ثابتا صحيحا اولا فان كان الاول وجب ان يقسم الخمس على خمسة اسهم وانتم تقسمونه على ثلثة اسهم وهو مخالفة منكم للحديث الثابت الصحيح وان كان الثاني لا يصح الاستدلال به اجيب بان لهذا الحديث دلالتين احدهما اثبات العوض في المحل الذي فات عنه المعوض على ما ذكرناه والثانية جعله على خمسة اسهم ولكن قام الدليل على انتفاء قسمة الخمس على خمسة اسهم وهو فعل الخلفاء الراشدين كما تقدم ولم يقم الدليل على تغيير العوض ممن فات عنه المعوض فقلنا به كما تمسک الخصم على تكرار الصلوة على الجنازة بما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على حمزة رضي الله عنه سبعين صلوة وهو لا يقول بالصلوة على الشهيد ولكن يقول للحديث دلالتان فاحدهما باقية وان انتفت الاخرى فان قيل لو كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته لما اعطاهم النبي صلى الله عليه وسلم وقد ثبت انه صلى الله عليه وسلم اعطى بني هاشم وبني المطلب اجاب بقوله والنبي صلى الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة الا ترى انه صلى الله عليه وسلم قال

علل فقال انهم لم يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه وقصته ماروي عن جبير بن مطعم انه قال لما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس فانطلقت انا وعثمان بن عفان حتى اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا يارسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للوضع الذي وضعك الله به فيهم فما بال اخواننا بني المطلب اعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال صلى الله عليه وسلم انا وبنوا المطلب لا نفترق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شيء واحد وشبك بين اصابعه واشار الى نصرتهم واذا كان كذلك دل على ان المراد بالنص اعني قوله تعالى وَلِذِي الْقُرْبَى قرب النصرة لا قرب القرابة والمراد بالنصرة نصرة الاجتماع في الشعب لا نصرة القتال يشير اليه قوله صلى الله عليه وسلم لا نفترق في جاهلية ولا اسلام ولهذا يصرف للنساء والذراري واذا ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة لا للقرابة وقد انتهت النصرة انتهى الاعطاء لان الحكم ينتهي بانتهاء علته **قوله** فاما ذكر الله تعالى في الخمس لما فرغ من بيان وجه سقوط سهم ذوي القربى بين وجه سقوط ماسوى الثلثة المذكورة في النص فقال فاما ذكر الله تعالى في الخمس يعني قوله تعالى فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ فانه لافتتاح الكلام تبركا بذكره وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفي بالاجماع لانه صلى الله عليه وسلم كان يستحقه برسالته لان الحكم مرتب على المشتق فيكون المشتق منه علة ولا رسول بعده والصفي شيء كان يصطفيه لنفسه صلى الله عليه وسلم من الغنيمة مثل درع اوسيف اوجارية اصطفى ذا الفقار من غنائم بدر واصطفى صفية من غنائم خيبر وقال الشافعي رحمه الله يصرف سهم الرسول صلى الله عليه وسلم الى الخليفة والحجة عليه ماقدمناه انه كان يستحقه برسالته وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة

لما روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة لا يقال قوله وسهم ذوي القربى
وقع مكررا حكما وتعليلا لانا نقول ما ذكره اولا كان في حيز الاسناد لا ل على القسمة
على ثلثة اسهم وهذا نقل لكلام صاحب القدوري قال اي القدوري وبعده اي بعد
زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالفقر قال المصنف رحمه الله وهذا اي استحقاقهم بالفقر
قول الكرخي وقال الطحاوي رحمه الله وسهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع
يعني قوله ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين رضي الله تعالى عنهم قسموه على ثلثة ولا يظن
بهم انه خفي عليهم النص ومنعوا حق ذوي القربى فكان اجماعهم دالا على انه
لم يبق استحقاق لاغنيائهم وفقرائهم ومنع الشافعي رحمه الله الاجماع وسنده ما روي
عن ابي جعفر محمد بن علي رضي الله تعالى عنهم قال كان رأي علي رضي الله تعالى عنه
في الخمس رأي اهل بيته ولكن كره ان يخالف ابا بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما والاجماع
بدون اهل البيت لا ينعقد وقلنا لا يحل للمجتهد ان يترك رأي نفسه برأي مجتهد آخر
احتشاما له فان ثبت ما روي دل انه كره المخالفة لانه رأى الحجة معهما فقد خالفهما في
كثير من المسائل حين ظهر الدليل عنده وقوله ولان فيه اي في سهم ذوي القربى
معنى الصدقة لان الهاشمي الذي يصرف اليه فقيرا اذ لو لم يكن فقيرا لا يجوز صرفه اليه
بعد النبي صلى الله عليه وسلم باتفاق الروايات عن اصحابنا رحمهم الله فلما كان فيه معنى الصدقة
حرم ذوي القربى اياه كما حرم الهاشمي العامل على الصدقة العمالة وهو ما يعطى على
عمله وقد مر في الزكوة وهذا الدليل ان كان بالنسبة الى اصحابنا رحمهم الله فهو تمام وان
كان بالنسبة الى الشافعي رحمه الله فليس بذاك لان كون المصرف فقيرا ليس الا
في حيز النزاع عنده فانه يسوي بين الغني والفقير وجه الاول يعني قول الكرخي وقيل
هو الاصح ما روي ان عمر رضي الله عنه اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على
سقوط حق الاغنياء يعني اجماع الخلفاء الاربعة الراشدين كما مر اما فقراؤهم فيدخلون

خلون في الاصـ ـ الثلثة كما تقدم في اول البحث وكرر هذه الزيادة للايضاح وانما قال وقيل هو الاصح لان صاحب المبسوط اختار قول ابي بكر الرازي رحمه الله ان الفقراء لم يكونوا مستحقين وانما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصرف اليهم مجازاة على النصرة التي كانت منهم ولم يبق ذلك بعد رسول الله عليه الصلوٰة والسلام وهو مختار القدوري كما اشار اليه بقوله وسهم ذوي القربي كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة وقوله واذا دخل الواحد او الاثنان ظاهر وقوله والمشهور انه يخمس ظاهر ووجه الرواية الاخرى ان العدد اليسير انما يدخلون لاكتساب المال لا لاعزاز الدين فصار كتاجر لا يقدر على القهر والغلبة فان قلت قوله تعالى وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ الخ مطلق فيجب الخمس سواء وجد الاذن اولم يوجد اجيب بان الغنيمة اسم لما هو المأخوذ قهرا وغلبة لاما اخذه اللص سرقة وما اخذه الواحد والاثنان اخلاسا فلا يدخل تحت الغنيمة وقوله وان دخلت جماعة لها منعة المنعة السرية نقل الناطقي عن كتاب الخراج لابن الشجاع كان ابو حنيفة رحمه الله يقول اذا دخل الرجل وحده فغنم ولا عسكر في ارض الكفر للمسلمين لا يخمس فيما اخذه حتى يصير واتسعة فاذا بلغوا ذلك فهم سرية وقوله اذ لو خذلهم اي ترك عونهم كان فيه وهن المسلمين اي ضعفهم *

فصل في التنفيل

التنفيل نوع من التصرف في الغنائم ففصل عما قبله بفصل يقال نفل الامام الغازي اي اعطاه زائدا على سهمه بقوله من قتل قتيلا فله سلبه قوله ولا باس بان ينفل الامام يدل على ان قول من قال كلمة لا بأس يستعمل فيما يكون تركه اولى ليس بمجري على عمومه فان التنفيل قبل احراز الغنيمة مستحب لانه تحريض والتحريض مندوب اليه بقوله تعالى يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ حَرِّضِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ فان قيل الامر المطلق للوجوب

فما الصارف عنه الى الاستحباب فالجواب انه يعارضه دليل قسمة الغنائم فانصرف الى الاستحباب وقوله من قتل قتيلا تسمية شيء باسم ما يؤل اليه وقوله ثم قد يكون التنفيل بما ذكر يعني التنفيل بالسلب وقد يكون بغيره نحو الذهب والفضة لان النبي صلى الله عليه وسلم نفل ابن مسعود رضي الله تعالى عنه يوم بدر بسيف ابي جهل وكان علمه فضة ولا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل وان فعله مع السرية جاز لما ذكر في الكتاب وذكر في السير الكبير اذا قال الامام للعسكر جميعا ما اصبتم فهو لكم نفلا بالسوية بعد الخمس لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال وانما يحصل ذلك اذا خص البعض بالتنفيل وكذلك اذا قال ما اصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الذي اوجبه الله تعالى في الغنيمة وابطال حق ضعفاء المسلمين وذلك لا يجوز وقوله لانه لا حق للغانمين في الخمس وفيه نظر فانه ان لم يكن فيه ابطال حق الغانمين ففيه ابطال حق الاصناف الثلثة وذلك لا يجوز واجيب بان جوازه باعتبار ان المنفل له جعل واحدا من الاصناف الثلثة فلم يكن ثمّ ابطال حقهم اذ يجوز صرف الخمس على احد الاصناف لما تقدم انهم مصارف لا مستحقون لكن ينبغي ان يكون المنفل له فقيرا لان الخمس حق المحتاجين لا حق الاغنياء فجعله للغني ابطال حق المحتاجين وقوله وقال الشافعي رحمه الله ظاهر وقوله وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل قيل وهو الظاهر لان مثل ذلك انما يكون بنصب الشرع اذا قال بالمدينة في مسجده ولم ينقل عنه ذلك الا يوم بدر وحنين للحاجة الى التحريض وكما قال ذلك يوم بدر فقد قال من اخذ اسيرا فهو له ثم كان ذلك منه على وجه التنفيل فكذلك في السلب فيحمل على الثاني يعني على التنفيل لما رويناه من حديث حبيب بن ابي سلمة دفعا للتعارض وقوله وزيادة العناء جواب عن قوله لان القاتل مقبلا اكثر عناء وقوله كما ذكرنا اشارة الى ما تقدم من قوله ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة اومن قوله لان الكر والفر

والفرس جنس واحد في فصل كيفية القسمة وقوله لما مر من قبل اشارة الى ما ذكر في باب الغنائم وقسمتها بقوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة فلما لم يثبت الاحراز بدار الاسلام لم تثبت الناقلة فلا يثبت الاستيلاء ولما لم تثبت الاستيلاء لم يثبت الملك وقوله لان التنفيل يثبت به الملك عنده دليله ان المدد لايشاركونه فيها كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وهو ليس بمتفق عليه لان من اصحابنا رحمهم الله من يقول قسمة الامام لا تعدم المانع من تمام القهر وهو كونهم مقهورين دارا وكأنه لم يعتبر ذلك الاختلاف لعدم شهرته وقوله ووجوب الضمان مرفوع على الابتداء وقوله قد قيل على هذا الاختلاف خبره وفي بعض النسخ وقد قيل بالوا وفيكون معطوفا على قوله الملك اي يثبت الملك ووجوب الضمان للمنفل له على من اتلف من الغزاة سلبه الذي اصابه والاول اولى وانما ذكره دفعا لشبهة ترد على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وبيان ذلك ان محمدا رحمه الله ذكر في الزيادات ان المتلف لسلب نفله الامام يضمن لان الحق متأكد ولم يذكر فيه الخلاف فورد الضمان شبهة عليهما لان الضمان دليل تمام الملك فينبغي ان يحل الوطئ على مذهبهما ايضا بعد الاستبراء فقال في دفع ذلك انه ايضا على الاختلاف عند محمد رحمه الله يضمن وعندهما لا يضمن *

باب استيلاء الكفار

لما فرغ من بيان استيلائنا على الكفار اعقبه بذكر عكسه لاشتماله على احكام مختلفة فكان خليقا بتبويب باب له وافتتح بذكر استيلاء الكفار بعضهم على بعض كراهة ان يفتتح بذكر غلبة الكفار على المسلمين والترك جمع التركي والروم جمع الرومي اي الرجل المنسوب الى بلادهم والمراد به كفار الترك ونصارى الروم وكلامه واضح وقوله حل ما نجده من ذلك اي مما اخذه الترك من اهل الروم لان المأخوذ صار ملكا للترك

كسائر اموالهم وقوله لان الاستيلاء محظور ابتداء اي في دار الاسلام وانتهاء اي في دار الحرب بعد الاحراز وقوله على ما عرف من قاعدة الخصم ان المحظور ولو بوجه لا ينهض سببا للملك كما في البيع الفاسد واما المحظور من كل وجه بان يكون محظورا باصله ووصفه كما في البيع الباطل كالبيع بالميتة او الدم فانه لا يوجب الملك بالاتفاق ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح وورود الاستيلاء على مال مباح ينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم وقوله وهذا اشارة الى ان الاستيلاء ورد على مال مباح وبيانه ان العصمة في المال لكل من يثبت له من المسلم والكافر انما يثبت على منافاة الدليل وهو قوله تعالى هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا يقتضي ان لا يكون مال معصوما لشخص ما وانما يثبت لضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة بالاستيلاء عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه اي لان الاستيلاء عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والكفار ماداموا في دار الاسلام اقتدروا على المحل حالا وانما يقتدرون عليه مآلا بالاحراز لانهم ماداموا في دارنا فهم مقهورون بالدار والاسترداد بالنصرة محتمل وقوله والمحظور لغيره جواب عن قول الخصم ان الاستيلاء محظور وتقريره سلمناه انه محظور لكنه محظور لغيره مباح في نفسه على ما ذكرنا والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك كالصلوة في الارض المغصوبة فانها تصلح سببا لاستحقاق اعلى النعم وهو الثواب في الآخرة فلان يصلح سببا للملك في الدنيا اولى فان قيل لو ثبت الملك للكافر بالاستيلاء على مال المسلم لما ثبت ولاية الاسترداد للمالك القديم من الغازي الذي وقع في قسمته او من الذي اشتراه من اهل الحرب بدون رضاء الغازي اجيب بان بقاء حق الاسترداد لحق المالك القديم لا يدل على قيام الملك للمالك القديم الا يرى ان للواهب الرجوع في الهبة والاعادة الى قديم ملكه بدون رضاء الموهوب له مع زوال ملك الواهب في الحال وكذا الشفيع بأخذ الدار من المشتري بحق

يحق الشفعة بدون رضاء المشتري مع ثبوت الملك له وقوله فان ظهر عليها المسلمون واضح وقوله لانه يثبت له ملك خاص فلا يزول الا بالقيمة قيل عليه بان الملك ثبت للموهوب له مجانا فلا يتضرر بالاخذ منه مجانا بخلاف ما ثبت لاحد الغزاة بالقسمة لان هذا الحق انما تعين له بازاء ما انقطع من حقه عما في ايدي الباقين واجيب بان الملك ههنا ايضا ثبت بالعوض معنى لما ان المكافات مقصودة في الهبة وان لم تكن مشروطة فجعل ذلك معتبرا في اثبات حقه في القيمة وقوله ولو كان مغنوما يعني لو كان ما اخذه الكفار من المسلمين مغنوما اي مأخوذا بالقهر والغلبة وهو مثلي كالذهب والفضة والحنطة والشعير يأخذه قبل القسمة ولا يأخذها بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذلك اذا كان موهوبا لا يأخذه لما بينا ان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان مشتريا بمثله قدرا ووصفا يعني اذا كان ما اخذه الكفار من المسلمين مثليا فاشتراه منهم مسلم بمثله قدرا ووصفا ثم جاء صاحبه القديم ليس له ان يأخذه منه لانه غير مفيد وانما قيد بقوله قدرا ووصفا احترازا عما لو اشتراه المسلم باقل قدرا منه او بجنس آخر او بجنسه ولكنه اردى منه وصفا فان له ان يأخذه بمثل ما اعطاه المشتري ولا يكون ذلك ربوا لانه انما فدى ليستخلص ملكه ويعيده الى قديم ملكه لا انه اشتراه ابتداء **قوله** فان اسروا عبدا اذا اخذ الكفار عبدا ودخلوا به دار الحرب فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى يأخذه بالثمن الذي اخذه به من العدو واما الاخذ بالثمن فلما قلنا ان المشتري يتضرر بالاخذ مجانا ولا يأخذ الارش لان الملك فيه صحيح فكان الارش حاصلا في ملكه وليس فيه الا اعادة الى قديم ملكه حتى يكون المولى احق به كالرقبة ومع هذا لو اخذه فانما يأخذه بمثله لان الارش دراهم او دنانير وهو لا يفيد وقوله لان الملك فيه صحيح احترازعن المشتري شراء فاسدا فان الاوصاف هناك مضمونة ولا يحط شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن واستشكل هذا التعليل ههنا لان الاوصاف انما يقابلها شيء من الثمن اذا

لم يصر بالتناول مقصودا الا يرى انه لو اشترى عبدا ففقئت عينه واخذ الارش ثم قصد بيعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين لانها صارت مقصودة بالتناول بخلاف ما اذا اعورت واجاب بعضهم بانه انما يحط في المرابحة للشبهة لانه صار كانه اشترى شيئين بالف ثم باع احدهما بذلك الثمن فانه لا يجوز بيع الآخر مرابحة لما ان الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب المرابحة تحرزا عن شبهة الخيانة ولا كذلك ههنا لانه لا اعتبار للشبهة فيه بخلاف الشفعة فان الاوصاف يقابلها شيء من الثمن فيها حتى لو استهلك المشتري من الدار شيئا سقط حصته من الثمن لان المشتري في الذي وجبت الشفعة فيه بمنزلة المشتري شراء فاسدا من حيث ان كل واحد منهما واجب الرد والاوصاف تضمن في المشتري شراء فاسدا كما في الغصب فان من غصب جارية فذهبت احدى عينيها ضمن نصف قيمتها فان قيل شراء التاجر ههنا ايضا بمنزلة شراء المشتري شراء فاسدا في المعنى المذكور وهو وجوب الرد اجيب بان الحاق مسئلة الشفعة بالمشتري شراء فاسدا من حيث وجوب الرد الى الشفيع ومن حيث وجوب عرض البائع الدار على الجار والاثم البيع ان رغب عنه الجار فاذا لم يفعل ذلك صار ذلك مكروها وصار كتمكن الفساد في العقد ولا كذلك بيع الكافر من التاجر فانه لا يجب عليه العرض على المالك قيل في مسئلة الشفعة ايضا اذا كان هلاك بعض المشتري بآفة سماوية لا يقابل الاوصاف شيء من الثمن فلم يكن مخالفة لمسئلة التاجر واجيب بانها مخالفة في صورة العمد فان التاجر اذا فقأ عين الجارية لا يلزمه حط شيء من الثمن بخلاف ما اذا استهلك المشتري بعض الاشجار في الشفعة فانه يحط حصته من الثمن وقوله وان اسروا عبدا صورته ظاهرة واعترض على قوله وللمشتري الاول ان يأخذه من الثاني بالثمن بانالو اثبتنا حق الاخذ للذي اشتراه من العدو ولا تضرر المالك لانه حينئذ يأخذ بالثمنين واجيب بان رعاية حق من اشتراه من العدو اولى لان حقه يعود في الالف التي نقدها بلا عوض يقابلها والمالك القديم

القديم يلحقه الضرر ولكن بعوض يقابله وهو العبد فكان ما قلناه اولى وقوله وكذا من سواه اي من سوى الحر وقوله بخلاف رقابهم اي رقاب احرار الكفار ومدبريهم وامهات اولادهم وقوله ولاجناية من هؤلاء اي مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا فلا يملكهم الكفار وان استولوا عليهم واذا لم يملكهم الكفار لم يملكهم الغزاة ايضا حتى لو كان اخذهم اهل الحرب من دار الاسلام ثم ظهر عليهم فهم لملاكهم قبل القسمة وبعدها بغير شيء **قوله** واذا ابق عبد المسلم قالوا قيد المسلم اتفاقي لان عبد الذمي كذلك فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكونه لان العصمة لحق المالك وهو ظاهر وقوله لان سقوط اعتبارها اي اعتبار يد العبد لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه لانه حين دخل دار الحرب فقد زالت يد المولى عنه لا الى من يخلفه لان يد المولى عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء ولم يبق ذلك لامحالة فيصير في يد نفسه وهي يد محترمة تمنع الاحراز فيمتنع التملك لانه لاملك بدون الاحراز فان قيل لا نسلم انها زالت لا الى من يخلفه فان يد الكفرة قد خلفت يد المولى لان دار الحرب في ايديهم اجيب بان بين الدارين حدا لا يكون في يد احد وعند ذلك تظهر يد العبد على نفسه ولان يد الدار يد حكمية ويد العبد يد حقيقية فلا تندفع بيد الدار اليه اشار فخر الاسلام وفيه نظر لان حصول اليد الحقيقية للعبد في حيز النزاع والجواب ان اليد كما ذكرنا عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء وحين دخول العبد في دار الحرب يحصل له ذلك قبل استيلاء الكفرة عليه فان قيل لو حصل له يد حقيقية لعتق وليس كذلك اجيب بمنع الملازمة لان ظهور يده على نفسه لا يستلزم زوال ملك المولى فانه لما ظهرت يده على نفسه صار غاصبا ملك المولى وجاز ان توجد اليد بلا ملك كما في المغصوب والمشتري قبل القبض فان الملك للمولى واليد لغيره وقوله بخلاف المتردد

يعني في دار الاسلام لان يد المولى باقية عليه حكما القيام يد اهل الدار فمنع ظهور يده ولهذا لو وهبه لابنه الصغير كان قابضا له فبقاء اليد حكما يمنع ثبوت اليد له فان استولى عليه المشركون ملكوه واذا لم يثبت الملك لهم عند ابي حنيفة رحمه الله يأخذه المالك القديم بغير شيء اذا كان موهوبا او مشترى اما اذا كان موهوبا فهو ظاهر لانه اخذه بغير عوض فلا يتضرر بالاخذ منه واما المشترى فلان المشتري فدى ملكه بغير امره فكان متبرعا حتى لو امره بذلك رجع عليه المشتري بالثمن وان كان مغنوما فكذلك اذا كان قبل القسمة واما اذا كان بعدها فيؤدي عوضه من بيت المال لان نصيبه قد استحق فله ان يرجع على شركائه في الغنيمة وقد تعذر ذلك لتفرقهم وتعذر اجتماعهم فيعوض من بيت المال لان هذه من نوائب المسلمين ومال بيت المال معد لذلك وقوله وليس له اي للغازي او للمتأجر جعل الآبق لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه والجعل انما يجب اذا اخذه الآخذ على قصد الرد الى مالكه وقوله وان ند اليهم بعير ظاهر وكذلك قوله فان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع واعترض بان على قول ابي حنيفة رحمه الله ينبغي ان يأخذ المالك المتاع ايضا بغير شيء لانه لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال ايضا لانقطاع يد المولى عن المال لانه في دار الحرب ويد العبد اسبق من يد الكفار عليه فلا يصير ملكا لهم واجيب بان يد العبد ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال واذا دخل الحربي دارنا بامان واشترى عبدا مسلما او ذميا واسلم ممن كان معه من العبيد اجبر على بيعه من المسلمين كالذمي يسلم عبده فان قيل الذمي ملتزم احكام الاسلام فجاز اجباره على بيع عبده الذي اسلم والحربي ليس كذلك اجيب بان الامان ينافي ابقائهم في ملكه لان فيه استذلالا للمسلم واعطاء الامان على ترك ذلك فكان بالامان ملتزما ترك اذلال المسلمين فيلزمه ووجههما ظاهر ووجه ابي حنيفة رحمه الله ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب

واجب معناه ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب على الامام فان كان في دار الاسلام فبالجبر على البيع للمسلمين دون الاعتاق لان مال المستأمن معصوم مادام في دار الاسلام لمقتضى الامان فاذا ادخله في دار الحرب زالت عصمة ماله فلو كان للامام ولاية عليه وجب عليه اجباره على العتق لازالة عصمة ماله فاذا لم يكن له ولاية يقيم شرط ازوال عصمة المال وهو تباين الدارين مقام علة الازالة وهي الاعتاق لان الشرط قد يقام مقام العلة اذ لم يمكن اضافة الحكم اليها كحفر البير على قارعة الطريق فان قيل اقامة الشرط مقام العلة يستلزم جعل المثبت لشيء مزيلا له وهو باطل وذلك لانهم اذا استولوا على عبد مسلم بالاحراز بدارهم ملكوه فكان تباين الدارين علة لثبوت الملك فيه وههنا جعلتموه مزيلا له وفيه ايضا نقض لقاعدة مطردة وهي ان البقاء اسهل من الابتداء فان هذا يفيد ابتداء الملك دون بقاءه فالجواب ان تباين الدارين مثبت للملك ان لم يكن ثابتا والملك فيما نحن فيه ثابت بالشراء دون التباين فجعل مزيلا في محل خاص تخليصا للمسلم عن ذل الكافر على انا ما جعلناه مزيلا وانما جعلناه قائما مقام المزيل لغرض صحيح فلم يكن الشيء الواحد مزيلا غير مزيل وهو الممتنع وبقاء شيء اسهل من الابتداء اذا لم يعتر البقاء ما يزيل سهولته وههنا بقاء المسلم في ذل الكافر صعب يزيل سهولته وقوله كما يقام مضي ثلث حيض تمثيل للمسئلة في قيام الشرط مقام العلة فان انقضاء ثلث حيض شرط البينونة في الطلاق الرجعي اقيم مقام علة البينونة وهي عرض القاضي الاسلام وتفريقه بعد الاباء بعجز القاضي عن حقيقة العلة فيما اذا اسلم احد الزوجين بدار الحرب وقوله واذا اسلم عبد الحربي ظاهر وقوله لما روي ان عبيدا من عبيد الطائف اسلموا وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما حاصر الطائف قال ايما عبد خرج فهو حر فخرج ستة اعبد او سبعة منها فلما فتحت جاء مواليهم وتكلموا فيهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم هم عتقاء الله وقوله ولانه احرز متصل بقوله ثم خرج الينا وقوله او بالالتحاق متصل بقوله اذا ظهر على الدار

وقيد بقوله مراغما اي مغاضبا ومنابذا لانه اذا خرج طائعا لمولاه يباع وثمنه للحربي لانه لم يخرج على سبيل التغلب فصار كمال الحربي الذي دخل به مستأمنا الى دارنا *

باب المستأمن

لما فرغ من بيان الاستيلاء الذي هو عبارة عن الاقتدار على المحل قهرا وغلبة شرع في بيان الاستيمان لان طلب الامان انما يكون حيث فيه قهر وغلبة وقدم استيمان المسلم تعظيما له وكلامه ظاهر وقوله والغدر حرام دليله قوله صلى الله عليه وسلم لاصحاب السرايا ولا تغدروا وقوله بخلاف الاسير يعني ان الغدر ليس بحرام عليه فان الاسراء اذا تمكنوا من قتل قوم من اهل الحرب غلبة واخذوا اموالهم وفعلوا ذلك واخرجوا الى دار الاسلام ولا منعة لهم فكل من اخذ شيئا فهو له خاصة فيباح لهم التعرض وان اطلقوهم طوعا لانه لم يستأمن صريحا حتى يكون غادرا بأخذ اموالهم **قوله** ملكه ملكا محظورا اي خبيثا حتى لو كانت جارية كره للمشتري ان يطأها لانه قام مقام البائع ووطئها للبائع كان مكروها فكذا للمشتري وقوله وهذا اشارة الى قوله ملكه ملكا محظورا يعني ان مال اهل الحرب مباح في نفسه والحظر لمعنى في غيره وهو الامان فلا يمنع انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء على ما بيناه يعني في اوائل باب استيلاء الكفار بقوله والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكراهة تفوق الملك الى آخره واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي اي باع بالدين فان الادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين وقوله ولا ولاية وقت الادانة اصلا اي لا على المسلم ولا على الحربي ولا وقت القضاء على المستأمن وهو ظاهر فاذا لم يقض على الحربي لم يقض على المسلم ايضا تحقيقا للتسوية بينهما وقوله واما الغصب فلانه صار ملكا للذي غصبه اي سواء كان الغاصب كافرا في دار الحرب او مسلما مستأمنا فيها لان مال كل واحد منهما كان مباحا وقت الغصب في حقه فملكه بالغصب الا ان الغاصب ان كان هو المسلم يقضي

يقضي برد المغصوب على المالك ولا يقضي عليه لانه لما دخل دارهم بامان التزم ان لا يغدر بهم
وفي اخذ اموالهم على هذا الوجه غدر وقوله على ما بينا يعني فيما تقدم اما غصب الكافر
فقد ذكر في مسئلة الاستيلاء بقوله ان الاستيلاء ورد على مال مباح واما غصب
المسلم فقد ذكره فيما اذا دخل الواحد والاثنان مغيرين بغير اذن الامام فأخذوا شيئا
فانهم يملكونه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله من قبل ان القضاء يعتمد الولاية الى آخره
وقوله ولو خرجا مسلمين ظاهر وقوله فغصب حربيا اي غصب شيئا من حربي وليس
هذا بمنحصر في خروجهما مسلمين بل لو خرج المسلم الغاصب والحربي مستأمنين فالحكم
كذلك وقوله فعلى القاتل الدية في ماله يعني في العمد والخطأ هكذا ذكر من غير خلاف
في عامة النسخ وذكر الامام قاضيخان ان هذا الحكم قول ابي حنيفة رحمه الله ثم قال
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله عليه القصاص في العمد لانه قتل شخصا معصوما
ليس من اهل دار الحرب فيجب بقتله ما يجب به في دار الاسلام ولابي حنيفة رحمه الله
ان تكثير سواد هم من كل وجه بتوطنه فيهم كان يسقط العصمة فتكثيره من وجه يورث
الشبهة فيسقط القصاص وقوله اما الكفارة فلاطلاق الكتاب يعني قوله تعالى فَتَحْرِيرُ
رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ واما الدية فلان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض
الدخول بالامان لانه لما كان على قصد الرجوع كان كأنه في دار الاسلام تقديرا حتى
ان المستأمن منهم لما كان على قصد الرجوع كان كأنه في دار الحرب حتى لا يقتل
الذمي به فكان القياس وجوب القصاص الا انه لم يجب لما ذكر في الكتاب وهو واضح
وقوله على ما بيناه اشارة الى ان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان
وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان العواقل لا تعقل العمد وقوله ولابي حنيفة رحمه الله ان بالاسر
صار تبعا لهم يعني اهل الحرب اصول والاصول غير معصومين فكذلك الاتباع وقوله ولهذا
توضيح للتبعية وقوله فيبطل به الاحراز اصلا اي يبطل بالاسر العصمة المقومة بالكلية وصار

كالمسلم الذي لم يهاجر الينا بجامع تبعية اهل الدار بالتوطن فلم تجب الدية لانها مبنية علي تلك العصمة بخلاف الكفارة فانها تجب بالعصمة المؤثمة وهي بالاسلام *

فصــــل

فصل هذه المسائل عما قبلها لاختلاف احكامها وكلامه ظاهر والعين هو الجاسوس والعون الظهير على الامير والجمع الاعوان والميرة الطعام يمتاره الانسان من ماريمير والجلب والاجلاب الذين يجلبون الابل والغنم للبيع وقوله بعد تقدم الامام يقال تقدم اليه الامير بكذا وفي كذا اذا امره به وقوله وللامام ان يوقت في ذلك مادون السنة يعني ان تقدير الحول ليس بلازم بل لو قدر الامام اقل من ذلك علي حسب مايراه جاز لكن ان لم يقدر له مدة فالمعتبر هو الحول فاذا اقام بعد ذلك في دارنا يصير ذميا قال الامام قاضيخان فاذا مضت سنة بعد مضي المدة المضروبة كان عليه الخراج لانه انما يصير ذميا بمجاوزة المدة المضروبة فيعتبر الحول بعد ماصار ذميا الا ان يكون شرط عليه انه اذا جاوزت السنة يأخذ منه الخراج فحينئذ يأخذ منه وقوله لما قلنا اشارة الي قوله لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام صار ملتزما للجزية وقوله فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي قال في النهاية وكذلك لو لزمه عشر في قياس قول محمد رحمه الله بان اشترى ارضا عشرية لانهما جميعا من مؤن الارض لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس اذ كل واحد منهما من احكام دارنا فلما رضي بوجوب الخراج عليه رضي ان يكون من اهل دارنا وقوله فتعتبر المدة من وقت وجوبه اي وجوب الخراج وقوله في الكتاب اي في الجامع الصغير فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح عن محمد رحمه الله بشرط الوضع اي بان وضع الخراج عليه شرط في جعله ذميا والمراد من وضع الخراج الزام خراج ارض بمباشرة سببه وهو الزراعة او تعطيلها عنها مع التمكن منها ودلت المسئلة

المسئلة على انه لا يصير ذميا بمجرد الشراء ومن المشائخ من قال يصير ذميا بنفس الشراء
لانه لما اشترى ارض خراج وحكم الشرع فيها بوجوب الخراج صار ملتزما حكما من
احكام الاسلام كذا ذكره قاضيخان وليس بصحيح لما اشار اليه المصنف رحمه الله من قوله
لانه قد يشتريها للتجارة وقوله فيتخرج عليه اي على ان الوضع شرط احكام جمة
فلا تغفل عنه اي عن شرط الوضع وهي المنع من الخروج الى دار الحرب وجريان
القصاص بينه وبين المسلم و وجوب الضمان في اتلاف خمره وخنزيره ووجوب الدية
بقتله خطأ وهذه الاحكام انما تثبت بعد كونه ذميا لا قبله وبوضع الخراج يصير ذميا فلذلك
يجب ان لا يغفل عن شرط الوضع وقوله واذا دخلت حربية بامان ظاهر وكذلك
عكسه وكذلك قوله ولوان حربيا دخل دارنا بامان خلا ان قوله لان يد المودع كيده منقوض
بما اذا اسلم الحربي في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على الدار
فانها يكون فيئا فلم تكن يد المودع كيد المودع واجيب بان يد المودع كيد المودع اذا اتفقا
عصمة وقت الايداع وفي صورة النقض ليس كذلك لان دار الحرب ليست دار عصمة
قوله وما اوجف المسلمون عليه يقال وجف الفرس او البعير عدا وجيفا واوجفه صاحبه ايجافا
وقوله وما اوجف المسلمون عليه اي اعملوا خيلهم وركابهم والجلاء بالفتح والمد الخروج
عن الوطن او الاخراج يقال جلا السلطان القوم عن اوطانهم واجلاهم فجلوا اي اخرجهم
فخرجوا كلاهما يتعدى ولا يتعدى وقوله والجزية بالجر عطف على قوله الاراضي
اي هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها ومثل الجزية وقوله وقال الشافعي رحمه الله فيهما
اي في الاراضي التي اجلوا اهلها عنها وفي الجزية وفي بعض النسخ فيها اي في الاراضي
والجزية والخراج وقوله ولانه اي ولان ما اوجف المسلمون عليه من المال وقوله من غير
قتال يعني بل بوقوع الرعب في قلوب الكفار من قوة المسلمين بخلاف الغنيمة لانه
اي الغنيمة بتاويل المغنوم مملوك بسببين وهو مباشرة الغانمين وقوة المسلمين فاستحق

الخمس بمعنى وهو الرعب واستحق الغانمون الباقي بمعنى وهو مباشرة الغانمين القتال وفي هذا اي فيما اوجف المسلمون عليه السبب واحد وهو ما ذكرناه يعني قوله انه مال مأخوذ بقوة المسلمين فلا معنى لايجاب الخمس وقوله لما قلنا من قبل اي في باب الغنائم وقسمتها وهو قوله وزوجته فيء لانها كافرة حربية الى آخره وقوله واما اولاده الصغار ظاهر وقوله وما كان من مال اودعه مسلما او ذميا انما قيد بالايداع لانه اذا كان غصبا في ايديهما يكون فيئا لعدم النيابة وقوله فلما قلنا اشارة الى قوله حربيون كبار وليسوا باتباع واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء الا الكفارة في الخطأ وقال الشافعي رحمه الله تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد لانه اراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة وتحقيقه ان العصمة تثبت نعمة وكرامة فيتعلق بما له اثر في استحقاق الكرامات وهو الاسلام اذ به يحصل السعادة الابدية لا بالدار التي هي جماد لا اثر لها في استحقاق الكرامة ومن اراق دما معصوما ان كان خطأ ففيه الدية والكفارة وان كان عمدا ففيه القصاص كما لو فعل ذلك في دار الاسلام وهذا اي وجوب الدية في الخطأ والقصاص في العمد انما كان مبنيا على وجوب العاصم الذي هو الاسلام لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها فان من علم انه يأثم بقتل ينزجر عنه نظرا الى الجبلة السليمة عن الميل عن الاعتدال وهي ثابتة فيما نحن فيه اجماعا فانه لا قائل بعدم الاثم على من قتل مسلما في اي موضع كان والعصمة المقومة كمال فيه اي في اصل العصمة لانه اذا وجب الاثم والمال كان ذلك اكمل واتم في المنع من الذي وجب فيه الاثم دون المال فكانت العصمة المقومة وصفا زائدا على العصمة التي هي المؤثمة فيتعلق بما يتعلق به الاصل وهو العصمة المؤثمة والعصمة المؤثمة تعلقت بالاسلام. فالعصمة المقومة كذلك فيجب الدية والكفارة في قتل الحربي الذي اسلم في دار الحرب ولم

ولم يهاجروا الينا ولنا قوله تعالى فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وكان ابو حنيفة رحمه الله يأول هذه الآية بالذين اسلموا في دار الحرب ولم يهاجروا وهو المنقول عن بعض ائمة التفسير ايضا ووجه الاستدلال بالآية ان الله تعالى ميز بين المؤمن الذي في دار الاسلام وبين المؤمن الذي هو من قوم عدو لنا في حق الحكم المختص بالقتل فجعل الحكم في الاول الدية والكفارة بقوله تعالى فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وفي الثاني الكفارة دون الدية وذلك من وجهين احدهما انه ذكر بحرف الفاء فانه للجزاء والجزاء اسم لما يكون كافيا واذا كان كافيا كان كل الموجب ضرورة والثاني انه كل المذكور حيث لم يذكر غيره وذلك يقتضي انتفاء غيره لان قصد الشارع في مثله اخراج العبد عن عهدة الحكم المتعلق بالحادثة ولا يتحقق ذلك الا ببيان كل الحكم بلا اخلال فلو كان غيره من تتمة هذا الحكم لذكره في موضع البيان وقوله ولان العصمة المؤثمة بالآدمية دليل معقول على عدم العصمة المقومة الموجبة للدية في دار الحرب ومشتمل على بيان ان العصمة المقومة ليست بوصف كمال في العصمة المؤثمة حتى تكون تابعة لها وبيان ذلك ان العصمة المؤثمة بالآدمية لان الآدمي خلق متحملا اعباء التكاليف اي باتيانها ومن خلق لشيء وجب عليه القيام به فالآدمي وجب عليه القيام باعباء التكاليف والقيام بها بحرمة التعرض اي انما يتحقق له القيام بها اذا كان حرام التعرض فالآدمي وجب ان يكون حرام التعرض مطلقا الا ان الله تعالى ابطل ذلك في الكافر بعارض الكفر فاذا زال الكفر بالاسلام عاد الى الاصل والاموال تابعة لها اي للآدمية التي تثبت العصمة المؤثمة لها لانها خلقت في الاصل مباحة وانما صارت معصومة لتمكن الآدمي من الانتفاع بها في حاجته فكانت تابعة للآدمية اما العصمة المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت لان المتقوم هو الشيء الذي يكون واجب الايفاء والدوام بالمثل والقيمة وذلك اي جبر الفائت

فى الاموال دون النفوس لانه انما يحصل بالمثل صورة ومعنى او معنى فقط ولا مماثلة بين النفوس وما يجبربه لاصورة ولا معنى على ما عرف فى الاصول فكانت النفوس تابعة للاموال فى العصمة ومن هذا علم ان العصمة المؤثمة اصل مستقل في شيء والعصمة المقومة اصل مستقل في شيء آخر وليس احدهما بكمال فى الآخر ولا وصف زائد عليه ثم العصمة المقومة فى الاموال بالاحراز بالدار لانها عزة والعزة بالمنعة فالعصمة المقومة فى الاموال بالمنعة والدار انما تكون بالمنعة فلهذا تعرض بذكرها واذا كانت المقومة فى الاموال بالمنعة فكذلك فى النفوس لانها تابعة لها لما ذكرنا لكن لا منعة لدار الحرب الاان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفرة لما انه اوجب ابطالها واذا لم يكن منعة لايوجد الاحراز واذا لم يوجد الاحراز لا توجد العصمة المقومة واذا لم توجد العصمة المقومة لا تجب الدية وهذا في غاية التحقيق خلا انه يوهم ان لا يملكوا اموالنا بالاحراز الى دارهم كما قال به الشافعي رحمه الله ودفعه بان معنى قولنا ان الشرع اسقط اعتبارها حال كونهم في دارهم واما اذا وقع خروجهم الى دارنا واحرزوا اموالنا باليد الحافظة والناقلة فقد استولوا على مال مباح كما مر وذلك يوجب الملك لامحالة وقوله والمرتد والمستأمن جواب عما يقال انهما محرزان بدار الاسلام ذاتا فيجب ان يتقوما ولم يتقوما حتى لا تجب الدية بقتلهما وكون المستأمن من اهل دارهم حكما لقصده الانتقال ظاهر واما المرتد فكذلك لانه يقصده هربا من القتل وقوله ومن قتل مسلما خطأ الخ واضح واعتراض على قوله وهو للعامة او السلطان بان التردد فيمن له ولاية القصاص يوجب سقوطه كما فى المكاتب اذا قتل عن وفاء وله وارث اجيب بان الامام ههنا نائب عن العامة فصار كأن الولي واحد بخلاف مسئلة المكاتب *

باب

باب العشر والخراج

لما ذكر ما يصير به الحربي ذميا شرع في بيان الخراج الذي يجب عليه وذكر العشر استطرادا لان سبب كل منهما هو الارض النامية وقدمه على الخراج لكونه من الوظائف الاسلامية والعشر بضم العين احد اجزاء العشرة والخراج اسم لما يخرج من غلة الارض او الغلام ثم سمي ما يأخذه السلطان خراجا فيقال ادى فلان خراج ارضه وادى اهل الذمة خراج رؤسهم يعني الجزية والعذيب ماء لتميم والحجر بفتحتين بمعنى الصخر لانه وقع في امالي ابي يوسف رحمه الله الصخر موضع الحجر ويظهر من ذلك ان من روى بسكون الجيم وفسره بالجانب فقد حرف ومهرة بالفتح والسكون اسم رجل وقيل اسم قبيلة ينسب اليها الابل المهرية سمي ذلك المقام به فيكون بمهرة بدلا من قوله باليمن وهذا طولها ومن يبرين والدهناء ورمل عالج اسماء مواضع الى مشارق الشام اي قراها عرضها والسواد اي اراضي سواد العراق اي قراها وانما سمي بالسواد لخضرة اشجاره وزروعه وحده عرضا من العذيب الى عقبة حلوان وهو اسم بلد ومن الثعلبية وهي من منازل البادية الى عبادان وهو حصن صغير على شط البحر طوله وقيل في موضع الثعلبية العلث بفتح العين وسكون اللام وهي قرية موقوفة على العلوية وهو اول العراق شرقي دجلة وكلامه واضح وقوله لما قدمناه من قبل يعني في اول باب الغنائم وقوله والخراج اليق به يعني من حيث ان فيه معنى العقوبة وان فيه تغليظ الوجوب وان لم يزرع والكافر اليق بالعقوبة والتغليظ وكان القياس في ارض مكة ان تكون خراجية لانها فتحت عنوة اي قهرا لكن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يوظف عليها الخراج وكما لا رق على العرب فكذا لا خراج في اراضيهم وقوله وفي الجامع الصغير الى قوله فهي ارض خراج يعني سواء قسمت بين الغانمين او اقر اهلها عليها وذكر لفظ الجامع

الصغير لهذه الفائدة وقوله ومن احيى ارضا مواتا فهي عند ابي يوسف رحمه الله معتبرة بحيزها قيل هذا الاطلاق محمول على المقيد وهو ما اذا كان المحيي مسلما واما اذا كان ذميا فعليه الخراج وان كانت من حيز ارض العشر واذا كان هذا مقيدا بكونه مسلما وجب ان يقيد قولهم المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج بانه اذا لم يكن منه صنع يقتضي ذلك وهو السقي من ماء الخراج اذ الخراج يجب جزاء للمقاتلة فيختص وجوب الخراج بما يسقى بماء حمته المقاتلة والماء الذي حمته المقاتلة ماء الخراج فلذا يجب الخراج اذا سقاه بماء الخراج الى هذا اشار شمس الائمة رحمه الله وقوله والبصرة عنده عشرية جواب اشكال يرد على مذهب ابي يوسف رحمه الله فيما ذكر ان الاحياء في حيز الارض الخراجية يجعل الارض خراجية والبصرة في حيز الارض الخراجية وان احيى فيها مسلم يجب عليه العشر ووجهه ان القياس ذلك لكن ترك باجماع الصحابة رضي الله عنهم وقوله لان حيز الشيء يعطى له حكمه دليل ابي يوسف رحمه الله على مذهبه وقوله كفناء الدار يعني فناء الدار يعطى له حكم الدار في حق الانتفاع وان لم يكن الفناء مملوكا لصاحب الدار لاتصاله بملكه فكذلك ههنا تعطى هذه الارض المحياة حكم جوازها لاتصالها به ولا يظن في اعادة **قوله** وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية تكرار لان الاول رواية القدوري والثاني ذكره شرحا لذلك ونهر الملك على طريق الكوفة من بغداد ويزدجرد ملك من ملوك العجم وقوله لما ذكرنا من قبل اشارة الى قوله لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها **قوله** والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه اعلم ان الخراج على نوعين خراج وظيفة وهو ان يكون الواجب في الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالارض في كل جريب وهو ارض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة قفيزها شمي وهو الصاع من حنطة او شعير على ما قال الامام قاضيخان رحمه الله في فتاواه او مما يزرع فيها على ما ذكر في شرح الطحاوي رحمه الله ودرهم **قوله** فالكرم اخفها يعني واكثر ريعا لانه يبقى

يبقى على الابد بلا مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة لاحتياجها الى الزراعة والقاء البذر في كل عام والرطاب بينهما لانها تبقى اعواما ولاتدوم دوام الكرم فكانت مؤنتها فوق مؤنة الكرم ودون مؤنة المزارع وخراج مقاسمة وهو ان يكون الواجب شيئا من الخارج كالخمس والسدس ونحو ذلك لانه ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه فيعتبر فيه الطاقة كما اعتبرها في الموظف ومن الانصاف ان لا يزاد على النصف قوله والبستان كل ارض يحوطها حائط ظاهر وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع عنها فلا خراج عليه لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة اي استأصله حر شديد او برد شديد او نحو ذلك فلا خراج عليه ايضا لانه فات النماء التقديري الذي اقيم مقام النماء الحقيقي في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة فان من اشترى جارية للتجارة فمضى عليها ستة اشهر ثم نواها للخدمة سقط الزكوة لانها لم تبق نامية في جميع الحول او يقال يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج يعني ان النماء التقديري كان قائما مقام الحقيقي فلما وجد الحقيقي تعلق الحكم به لكونه الاصل وقد هلك فيهلك معه الخراج فان قيل اذا استأجر ارضا للزراعة فاصطلم الزرع آفة لم يسقط الاجر فما الفرق بينه وبين الخراج اجيب بان الاجر يجب الى وقت هلاك الزرع لا بعده وليس الاجر كالخراج لانه وضع على مقدار الخارج اذا اصلحت الارض للزراعة فاذا لم يخرج شيء جاز اسقاطه والاجر لم يوضع على مقدار الخارج فجاز ايجابه وان لم يخرج ثم قال مشائخنا ما ذكر في الكتاب ان الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن ان تزرع الارض ثانيا اما اذا بقي فلا يسقط الخراج **قوله** وان عطلها صاحبها فعليه الخراج اذا عطل الارض الخراجية صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته قيل هذا اذا كانت الارض صالحة للزراعة والمالك متمكن من الزراعة وعطلها اما اذا

عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم قوته واسبابه فللامام ان يدفعها الى غيره مزارعة
ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له وان شاء آجرها واخذ ذلك
من الاجرة وان شاء زرعها بنفقته من بيت المال فان لم يتمكن ولم يجد من يقبل ذلك باعها
واخذ الخراج من ثمنها وهذا بلا خلاف وان كان فيه نوع حجر وهو ضرر ولكنه الحاق ضرر
بواحد للعامة وقوله قالوا يعني المشائخ رحمهم الله من انتقل الى احس الامرين من
غير عذر بان كانت الارض صالحة لزراعة الاعلى وهو الزعفران مثلا فزرع الشعير
وجب الزعفران لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يجترئ الظلمة
على اخذ اموال الناس ورد بانه كيف يجوز الكتمان وانهم لو اخذوا كان في موضعه لكونه
واجبا واجيب بانا لو افتينا بذلك لادعى كل ظالم في ارض ليس شانها ذلك انها قبل هذا
كانت تزرع الزعفران فيأخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان وقوله ومن اسلم من اهل
الخراج ظاهر وقوله من غير كراهة احتراز عما تقوله المتقشفة انه مكروه لان النبي صلى الله
عليه وسلم رأي شيئا من آلات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا ظنوا ان المراد
بالذل التزام الخراج وليس كذلك بل المراد ان المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا
اذناب البقر وقعدوا عن الجهاد كرّ عليهم عدوهم فجعلوهم اذلة ولان الصغار وان كان
قائما يكون في الوضع ابتداء وامابقاء فلا بخلاف خراج الرأس فانه ذل وصغار ابتداء وبقاء فلذلك
لايبقى بعد الاسلام وقوله وجبا في محلين بسببين مختلفين يعني ولمصرفين مختلفين
اما اختلاف المحل فلان الخراج في ذمة المالك والعشر في الخارج واما اختلاف
السبب فلان سبب الخراج الارض النامية تقديرا وسبب العشر الارض النامية تحقيقا واما اختلاف
المصرف فان مصرف الخراج المقاتلة ومصرف العشر الفقراء فلا يتنافيان لان التنافي انما يتحقق
باتحاد المحل ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم رواه
ابو حنيفة رحمه الله عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن النبي صلى الله عليه وسلم وقوله

وقوله وصفان لا يجتمعان لان الطوع ضد الكره الحاصل من القهر واذا لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان وقوله ولهذا ايضا فان الى الارض يقال عشر الارض وخراج الارض وقوله وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما اى العشر والخراج صورته رجل اشترى ارض عشر او خراج للتجارة لم يكن عليه زكوة التجارة عندنا وعند محمد رحمه الله عليه زكوة التجارة مع العشر او الخراج وهو قول الشافعي رحمه الله ومفزعهما توهم اختلاف المحلين فان محل العشر الخارج ومحل الزكوة عين مال التجارة وهو الارض فلم يجتمعا في محل واحد فوجوب احدهما لا يمنع وجوب الآخر كالدين مع العشر ولنا ان المحل واحد لان كلا منهما مؤنة الارض وكذلك الزكوة وظيفة المال النامي وهو الارض وكل منهما يجب حقا لله تعالى فلا يجب بسبب ملك مال واحد حقان هما لله كما لا تجب زكوة السائمة وزكوة التجارة باعتبار مال واحد واذا ثبت انه لا وجه للجمع بينهما قلنا العشر والخراج صارا وظيفتين لازمتين لهذه الارض فلا يسقطان باسقاط المالك وهي اسبق ثبوتا من زكوة التجارة التي كان وجوبها بنية فلهذا بقيت عشرية و خراجية كما كانت و بقوله وكل واحد منهما يجب حقا لله خرج الجواب عن وجوب الدين مع العشر فان الدين يجب للعبد و العشر لله فلا تنافي بينهما فيجبان وان كان بسبب ملك واحد والباقي ظاهر والله اعلم بالصواب *

باب الجزية

لما فرغ من ذكر خراج الاراضي ذكر في هذا الباب خراج الرؤس وهو الجزية الا انه قدم الاول لان العشر يشاركه في سببه وفي العشر معنى القربة وبيان القربات مقدم والجزية اسم لما يوخذ من اهل الذمة والجمع الجزى كاللحية واللحى وانما سميت بها لانها تجزي من الذمي اي تقضي وتكفي عن القتل فانه اذا قبلها سقط عنه القتل قال الله تعالى

تعالى قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللّٰهِ الى قوله حَتّٰى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَّهُمْ صَاغِرُونَ
فان قيل الكفر معصية وهو اعظم الكبائر فكيف يصح اخذ البدل على تقريره اجيب بان
الجزية لم تكن بدلا عن تقرير الكفر وانما هو عوض عن ترك القتل والاسترقاق الواجبين
فجاز كاسقاط القصاص بعوض اوهي عقوبة على الكفر فيجوز كالاسترقاق وقوله وهي
على ضربين ظاهر ونجران بلاد واهلها نصارى والحلة ازار ورداء هو المختار ولا تسمى
حلة حتى تكون ثوبين وقوله ولان الموجب هو التراضي اى الموجب لتقدير ما وقع
عليه الاتفاق من المال هو التراضي لا الموجب لوجوب الجزية فان موجبه في الاصل
اختيارهم البقاء على الكفر بعد ان غلبوا وقوله فيضع على الغني الظاهر الغنى قال الامام
فخر الاسلام من ملك مادون المأتين اولا يملك شيئا لكنه معتمل فعليه اثنا عشر ومن
ملك مأتي درهم فصاعدا الى عشرة آلاف درهم وهو معتمل ايضا فعليه اربعة وعشرون
درهما ومن ملك عشرة آلاف درهم فصاعدا الى مالا نهاية له وهو معتمل ايضا فعليه
ثمانية واربعون ثم قال وانما شرط المعتمل لان الجزيه عقوبة فانما تجب على من كان
من اهل القتال حتى لا يلزم الزمن منهم جزية وان كان مفرطا في اليسار **قوله** والمعتمل
هو الذي يقدر على العمل وان لم يحسن حرفة وكان الفقيه ابو جعفر يقول ينظر الى عادة
كل بلد لان عادة البلدان مختلفة في الغنى الا يرى ان صاحب خمسين الفا ببلخ يعد من
المكثرين واذا كان ببغداد وبالبصرة لا يعد من المكثرين وفي بعض البلد ان صاحب
عشرة آلاف يعد من المكثرين فيعتبر عادة كل بلد وذكر هذا القول عن ابي حفص محمد
بن سلام وقوله عليه الصلوٰة والسلام من كل حالم وحالمة معناه بالغ وبالغة او عدله
معافرا اي اخذ مثل دينار ربردا من هذا الجنس يقال ثوب معافر منسوب الى
معافر بن مر ثم صار له اسما بغير نسبة وذكر في الفوائد الظهيرية معافر حي من همدان
ينسب اليه هذا النوع من الثياب وعدل الشيء بفتح العين مثله اذا كان من خلاف

من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه ولانها وجبت نصرة للمقاتلة وكل ما وجب نصرة
للمقاتلة وجب متفاوتا كما في خراج الارض وقوله وهذا اشارة الى قوله ولانها وجبت نصرة
للمقاتلة يعني وانما قلنا ان الجزية وجبت نصرة للمقاتلة لانها تجب بدلا عن النصرة للمسلمين
ببذل النفس والمال لان كل من كان من اهل دار الاسلام يجب عليه النصرة للدار بالنفس
والمال قال الله تعالى يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَى تِجَارَةٍ تُنْجِيكُمْ مِنْ عَذَابٍ أَلِيمٍ تُؤْمِنُونَ
بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ
لكن الكافر لما لم يصلح لنصرتنا لميله الى دار الحرب اعتقادا قام الخراج المأخوذ منه
المصروف الى الغزاة مقام النصرة بالنفس ثم النصرة من المسلم يتفاوت اذ الفقير ينصر
دارنا راجلا ومتوسط الحال ينصرها راكبا وراجلا والموسر بالركوب بنفسه واركاب غيره
ثم الاصل لما كان متفاوتا تفاوت الخراج الذي قام مقامه فان قيل النصرة طاعة الله
وهذه عقوبة فكيف تكون العقوبة خلفا عن الطاعة اجيب بان الخلفية عن النصرة
في حق المسلمين لما فيه من زيادة القوة للمسلمين وهم يثابون على تلك الزيادة الحاصلة
بسبب اموالهم بمنزلة ما لو اعاروا دوابهم للمسلمين وما رواه محمول على انه كان
صلحا والدليل على ذلك انه امر بالاخذ من النساء والجزية لا تجب على النساء
قوله وتوضع الجزية على اهل الكتاب وتوضع الجزية على اهل الكتاب سواء كان
من العرب او العجم لقوله تعالى مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ وعلى
المجوس لان رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الجزية على المجوس روى البخاري
ان عمر رضي الله عنه لم يكن يأخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن
بن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذها من مجوس هجر وهجر اسم بلد
في البحرين وعبدة الاوثان من العجم وهو بالجر عطف على اهل الكتاب وقيد بقوله
من العجم احترازا عن عبدة الاوثان من العرب فانه لا يوضع عليهم الجزية على ما ذكر

فى الكتاب وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وكلامه ظاهر ولنا انه يجوز استرقاقهم وكل
من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم لان كل واحد منهما يشتمل على سلب
النفس منهم اما الاسترقاق فظاهر لان نفع الرقيق يعود الينا جملة واما الجزية فلان الكافر
يؤديها من كسبه والحال ان نفقته في كسبه فكان اداء كسبه الذي هو سبب حيوته الى
المسلمين دارة راتبة في معنى اخذ النفس منه حكما ونوقض بان من جاز استرقاقه
لوجاز ضرب الجزية عليه لجاز ضربها على النساء والصبيان واللازم باطل واجيب بان
ذلك لمعنى آخر وهو ان الجزية بدل النصرة ولا نصرة على المرأة والصبي فكذا بدله
وهذا ليس بدافع بل هو مقرر للنقض والصواب ان قبول المحل شرط تاثير المؤثر فكان
معنى قوله وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم اذا كان المحل قابلا
والمرأة والصبي ليسا كذلك لان الجزية انما تكون من الكسب وهما عاجزان عنه
وقوله وان ظهر عليهم اي على اهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم
قبل ذلك اي قبل وضع الجزية عليهم فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء اي غنيمة للمسلمين
لجواز استرقاقهم ولا يوضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما
قد تغلظ على ما ذكر فى الكتاب وكل من تغلظ كفره لا يقبل منه الا السيف او الاسلام
زيادة فى العقوبة عليه ولقائل ان يقول هذا منقوض باهل الكتاب فانه تغلظ كفرهم
لانهم عرفوا النبي صلى الله عليه وسلم معرفة تامة مميزة مشخصة ومع ذلك انكروه
وغيروا اسمه ونعته من الكتب وقد قبل منهم الجزية وايضا الفصل بينهم وبين عبدة الاوثان
من العرب بجواز استرقاقهم دون عبدة الاوثان مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم
يوم اوطاس لو جرى رق على عربي لجري اليوم من غير فصل بين عبدة الاوثان
واهل الكتاب والجواب عن الاول ان القياس كان يقتضي ان لا يقبل منهم الجزية
الا انه ترك بالكتاب بقوله تعالى قَاتِلُوا الَّذِيْنَ لَا يُؤْمِنُوْنَ بِاللّٰهِ الخ وعن الثاني بان مراده

مراده صلى الله عليه وسلم عربي الاصل واهل الكتاب وان سكنوا فيما بين العرب وتوالدوا فهم ليسوا بعرب فى الاصل وانما العرب فى الاصل عبدة الاوثان فانهم آمنون وقوله وجوابه ما قلنا يريد به قوله لان كفرهما قد تغلظ واذا ظهر عليهم اي على عبدة الاوثان من العرب والمرتدين فنساؤهم وصبيانهم فيء الا ان ذراري المرتدين ونساؤهم يجبرون على الاسلام دون ذراري عبدة الاوثان ونساؤهم لان الاجبار على الاسلام انما يكون بعد ثبوت حكم الاسلام في حقه وذراري المرتدين قد ثبت في حقهم تبعا لآبائهم فيجبرون عليه والمرتدات كن مقرات بالاسلام فيجبرن عليه بخلاف ذراري العبدة ونسائهم وحنيفة ابو حي من العرب وقيل المراد ببني حنيفة رهط مسيلمة الكذاب وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة فى العقوبة وقوله لانها وجبت بدلا عن القتل يعني في حق المأخوذ منها وعن القتال اى عن النصرة في حقنا كما تقدم ولا يجب البدل الا على من يجب عليه الاصل والاصل وهو القتل او القتال لا يتحقق في حق المرأة والصبي لعدم الاهلية فكذا البدل وقوله لما بينا يعنى قوله وهما لا يقتلان ولا يقاتلان وقوله له اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه وهو قوله عليه السلام خذ من كل حالم وحالمة وقوله على اعتبار الثاني لا تجب يعنى ان الجزية بدل عن الامرين كما مر تقريره وعلى اعتبار الاول يجب وضع الجزية لان الاصل يتحقق في حق المماليك لان المملوك الحربي يقتل فيتحقق البدل ايضا وعلى اعتبار الثاني لا يجب لان العبد لا يقدر على النصرة فلا يجب عليه بدله وقوله لانهم تحملوا الزيادة بسببهم اي صار مواليهم بسببهم من صنف الاغنياء او وسط الحال حتى وجب عليهم زيادة على مقدار الواجب على الفقير المعتمل فلو قلنا بوجوبها على الموالي بسببهم لكان وجوب الجزية مرتين بسبب شيء واحد وذلك لا يجوز وقوله ولا توضع على الرهبان واضح **قوله** ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه اذا اسلم من عليه الجزية او مات كافرا او اعمي او صار زمنا او مقعدا

اوشيخا كبيرا لا يستطيع العمل او فقيرا لا يقدر على شيء وبقي عليه الجزية سقطت عنه عندنا سواء كانت هذه العوارض قبل استكمال السنة او بعدها خلافا للشافعي رحمه الله له انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض وكل ما وجب بدلا عن شيء وقد وصل اليه المعوض لا يسقط عنه العوض بهذا العارض اي بالاسلام او الموت كما في الاجرة والصلح عن دم العمد فان الذمي اذا استوفى منافع الدار المستأجرة ثم اسلم او مات لا يسقط عنه الاجرة لان المعوض قد وصل اليه وهي منافع الدار وكذا اذا قتل الذمي رجلا عمدا ثم صالح عن الدم على بدل معلوم ثم اسلم او مات لا يسقط عنه البدل لان المعوض وهو نفسه قد سلم له وانما ردد في قوله بدلا عن العصمة او السكنى لاختلاف العلماء في ان الجزية وجبت بدلا عما ذا فقال بعضهم وجبت عن العصمة الثابتة بعقد الذمة وبه قال الشافعي رحمه الله لان الله تعالى امر بالقتال الى غاية وهي اعطاء الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا عن السكنى في دار الاسلام لانهم مع الاصرار على الشرك لا يكونون من اهل دارنا باعتبار الاصل وانما يصيرون من اهل دارنا بما يؤدون من الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا عن النصرة التي فاتت باصرارهم على الكفر وقد تقدم واعيده ههنا توضيحا وذلك لانهم لما صاروا من اهل دارنا بقبول الذمة وهذه الدار دار معاونة وجبت عليهم القيام بنصرتها ولا تصلح ابدانهم لهذه النصرة لان الظاهر انهم يميلون الى اهل الدار العادية لاتحادهم في الاعتقاد فاوجب عليهم الشرع الجزية لتؤخذ منهم فتصرف الى المقاتلة فيكون خلفا عن النصرة قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله وهو الاصح الا يرى ان الجزية لا تؤخذ من الاعمى والشيخ الفاني والمعتوه والمقعد مع انهم يشاركون في السكنى لانه لم يلزمهم اصل النصرة بابدانهم لو كانوا مسلمين فكذلك لا تؤخذ منهم ما هو خلف عنه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ليس على المسلم جزية رواه ابن عباس رضي الله عنه وهو مطلق فيجري على اطلاقه بل الانصاف

بل الانصاف ان المراد به بعد الاسلام لان كل واحد يعلم ان المسلم لايكون عليه جزية فتعين ان يكون المراد به انها تسقط بالاسلام اذ لو لم تسقط لصدق ان على هذا المسلم جزية وقوله ولانها وجبت عقوبة الى آخره ظاهر واعترض بانه الحق ضرب الجزية فيما تقدم بالاسترقاق بالمعنى الجامع بينهما فقال ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فكيف افترقا في البقاء حيث يبقى العبد رقيقا بعد الاسلام ولا يبقى الجزية بعده مع ان كلا منهما في الابتداء يثبت بطريق المجازاة لكفرهم والجواب ان اداء الجزية لم يشرع الا بوصف الصغار وماشرع بوصف لايبقى بدونه على ماعرف في الاصول والاسلام ينافي الصغار فيسقط الجزية به بخلاف الاسترقاق فانه لم يشرع كذلك وقوله والعصمة تثبت بكونه آدميا جواب عن قوله انها وجبت بدلا عن العصمة ومعناه ان العصمة ثابتة للآدمي من حيث انه آدمي لما مر انه خلق متحملا اعباء التكليف فلا يصلح ان يكون الجزية الطارية بدلا عنها ولقائل ان يقول سلمنا انها ثابتة بالآدمية ولكنها سقطت بالكفر فالجزية تعيدها على ما كانت فكانت بدلا والجواب انها لو كانت بدلا عن العصمة فاما ان يكون عن عصمة فيما مضى او فيما يستقبل لا سبيل الى الاول وهو ظاهر ولا الى الثاني لان الاسلام يغني عنها وقوله والذمي يسكن ملك نفسه جواب عن قوله او السكنى ومعناه ان الذمي يملك موضع السكنى بالشراء وغيره من الاسباب فلا يجوز ايجاب البدل بسكناه في موضع مملوك له ولو كانت الجزية اجرة كان وجوبها بالاجارة لا محالة ويشترط فيها التاقيت لان الابهام يبطلها وحيث لم يشترط التاقيت في السكنى دل على ان الجزية لم يكن بطريق الاجارة فان قال قائل كما انه لا يجوز ان يكون بدلا عن العصمة والسكنى فكذلك لايجوز ان يكون بدلا عن النصرة ايضا الا يرى ان الامام لو استعان باهل الذمة فقاتلوا معه لا يسقط عنهم جزية تلك السنة فلو كانت بدلا عنها لسقطت لانه قد نصر بنفسه اجيب

بانها اذا لم تسقط لانه حينئذ يلزم تغيير المشروع وليس للامام ذلك وهذا لان الشرع جعل طريق النصرة في حق الذمي المال دون النفس **قوله** فان اجتمعت عليه الحولان انث فعل الحولين اما باعتبار حذف المضاف اي اجتمعت جزية الحولين اما بتاويل السنتين واتى بعبارة الجامع الصغير لتفصيل في اللفظ ولا ابهام في قوله وجاءت سنة اخرى على ما نبينه وكلامه واضح وقوله وقيل لاتداخل فيه بالاتفاق يحتاج الى بيان الفرق بينهما والفرق ان الخراج في حالة البقاء مؤنة من غير التفات الى معنى العقوبة ولهذا اذا اشترى المسلم ارضا خراجية يجب عليه الخراج فجاز ان لايتداخل بخلاف الجزية فانها عقوبة ابتداء وبقاء ولهذا لم تشرع في حق المسلم اصلا والعقوبات تتداخل وقولهما في الخلافية اي فيما اذا اجتمع عليه الحولان ان الخراج وجب عوضا على ما تقدم وكل ما وجب عوضا اذا اجتمع وامكن استيفاؤه يستوفى كما تقدم في سائر الاعواض وقد امكن لان الفرض انه حي واستيفاء المال من الحي ممكن اذا لم يمنع عنه الاسلام بخلاف ما اذا اسلم وقوله ولابي حنيفة رحمه الله ظاهر وقوله على ما بيناه اراد به ما ذكره قبل هذا بقوله ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولقائل ان يقول قد تكرر في كلامهم انها وجبت بدلا عن النصرة او السكنى او العصمة وتكرر ايضا فيه انها وجبت عقوبة على الكفر ومعنى العقوبة غير معنى البدلية عن شيء فيلزم توارد علتين على معلول واحد بالشخص وذلك باطل والجواب عن ذلك ان كونها عقوبة لازم من لوازم كونه بدلا عن النصرة لان ايجاب النصرة لغير اهل دينه يستلزم عقوبة لامحالة وقوله ولهذا توضيح لقوله وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر والتلبيب اخذ موضع اللبب من الثياب واللبب موضع القلادة من الصدر وقوله ولانها وجبت بدلا عن القتل استدلال من جهة الملزوم وما تقدم كان من جهة اللازم وكلامه ظاهر وقد بيناه من قبل وقوله حمله بعض المشائخ على المضي مجازا قال الامام فخر الاسلام في شرح

شرح الجامع الصغير اختلف مشائخنا رحمهم الله في قوله جاءت سنة اخرى فقال بعضهم معناه مضت حتى يتحقق اجتماعهما لانها عند آخر الحول تجب وهذا ضرب من المجاز لان مجيء كل شهر بمجيء اوله واقول في مجوز المجاز مجيء الشهر يستلزم مضي الآخر لا محالة وذكر الملزوم وارادة اللازم مجاز وقال بعضهم معناه دخول اولها لان الجزية تجب باول الحول والتاخير الى الحول تخفيف وتأجيل عند ابي حنيفة رحمه الله وعلى هذا يتحقق التداخل عند مضي شهر بلا ارتكاب المجاز وكلامه واضح وقوله على ماقررناه اشارة الى قوله لان القتل انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض الى آخره ويحتاج الى الجواب عن الزكوٰة وهو ان الزكوٰة وجبت في آخر الحول لانها تجب في المال النامي وحولان الحول هو الممكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول الاربعة على ما مر فلا بد من اعتبار الحول ليتحقق شرط وجوب الاداء *

فصل

لما فرغ عن بيان ما يجب على اهل الذمة بسكناهم في دار الاسلام شرع في بيان ما يجوز لهم ان يفعلوا مما يتعلق بالسكنى ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والخصاء بكسر الخاء والمدّ على وزن فعال مصدر خصاه اي نزع خصيته والاخصاء في معناه خطأ ذكره في المغرب والمناسبة بين ذكر الخصاء والكنيسة هي ان احداث الكنيسة في دار الاسلام ازالة لفحولية اهل داره معنى كما ان الخصاء ازالة لفحولية الحيوان ان كان الخصاء على حقيقته وان كان المراد به التبتل والامتناع من النساء لملازمة الكنائس فالمناسبة ظاهرة والمراد بقوله صلى الله عليه وسلم ولا كنيسة احداثها فهو نفي بمعنى النهي اي لا يحدث كنيسة في دار الاسلام ويقال كنيسة اليهود والنصارى لمعبدهم وكذا البيعة كانت مطلقا في الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة

لمعبد اليهود والبيعة لمعبد النصارى قوله والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة اي لا يمكنون من احداث الصومعة التي يتخلون فيها ايضا للعبادة بخلاف موضع الصلوة اي صلوة الذمي في البيت فانهم يمكنون من ذلك لانه تبع للسكنى وقوله والمروي عن صاحب المذهب اي عن ابي حنيفة رحمه الله والمراد بالمروي هو ما ذكره آنفا بقوله وهذا في الامصار دون القرى وقوله في جزيرة العرب قيل انما سميت ارض العرب بالجزيرة لان بحر فارس وبحر الحبش ودجلة والفرات قد احاطت بها وقوله ويؤخذ اهل الذمة بالتمييز ظاهر وذكر رواية الجامع الصغير لكونها كالتفسير لما ذكر القدوري في كتابه كأنه قال وكيفية التمييز ما ذكره في الجامع الصغير الى آخره والكستيج خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون ما يتزينون به من الزنانير المتخذة من الابريسم قوله صيانة لضعفة المسلمين اي لضعفة في الدين لا البدن اي يفعل ذلك بهم لكي يكونوا في اعين المسلمين الذين لم يتصلبوا في دين الاسلام اذلاء صاغرين حتى لا يميلوا الى الكفر بسبب سعتهم في الرزق والملابس والمراكب ورونق حالهم فان قيل لم يأخذ النبي صلى الله عليه وسلم يهود المدينة ولا نصارى نجران ولا مجوس هجر بذلك فيكون بدعة اجيب بانهم في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا معروفين في المدينة لا يشتبه حالهم فلم يقع الاحتياج الى ذلك ثم في زمن عمر رضي الله عنه لما كثر الناس ممن يعرف وممن لا يعرف وقعت الحاجة الى ذلك فامر بذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وكان صوابا قال صلى الله عليه وسلم اينما دار عمر فالحق معه وقوله فانه جفاء في حق اهل الاسلام اي ترك حسن العشيرة باهل الاسلام لان في الامر لاهل الذمة بتمييزهم بما يوجب اعزازهم من اتخاذ الزنار من الابريسم اهانة لاهل الاسلام لان من اعز عدو صديقه فقد اهان صديقه معنى وقوله ان لا يركبوا الا للضرورة يعني كالخروج الى الرستاق وذهاب المريض الى موضع يحتاج اليه وقوله بالصفة التي تقدمت يعني كهيئة الاكف وقوله لانه ينقض ايمانه

ايمانه يعني لوكان مسلما وسب النبي صلى الله عليه وسلم والعياذ بالله نقض ايمانه فكذا ينقض امانه وذمته وقوله وكذا حكم ماحمله من ماله يعني ان الذمي اذا نقض العهد ولحق بدار الحرب وفي يده مال ثم ظهر على دار الحرب يكون فيئا كالمرتد اذا لحق بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار كان ماله فيئا وقوله الا انه لواسر استثناء من قوله فهو بمنزلة المرتد يعني بخلاف المرتد فانه لايسترق بل يقتل ان اصر على ارتداده

فصل

ذكر نصارى بني تغلب في فصل على حدة لان لهم احكاما مخصوصة بهم تخالف احكام سائر النصارى وكلامه واضح والاصل فيه ما ذكر ابو يوسف رحمه الله في كتاب الخراج باسناده الى داؤد بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي انه قال لعمر رضي الله عنه يا امير المؤمنين ان بني تغلب قد علمت شوكتهم وانهم بازاء العدو وان ظاهروا عليك العدو اشتدت المؤنة فان رايت ان تعطيهم شيئا فافعل قال فصالحهم عمر رضي الله عنه على ان لايغمسوا احدا من اولادهم في النصرانية ويضاعف عليهم الصدقة وعلى ان تسقط الجزية عن رؤسهم فكل نصراني من بني تغلب له غنم سائمة فليس فيها شيء حتى تبلغ اربعين فاذا بلغت اربعين شاة سائمة ففيه شاتان الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها اربع من الغنم وعلى هذا لحساب تؤخذ صدقاتهم وكذلك الابل والبقر واذا وجب على المسلم شيء في ذلك فعلى التغلبي مثله مرتين ونساؤهم كرجالهم في الصدقات واما الصبيان فليس عليهم شيء وكذلك اراضيهم التي كانت في ايديهم يوم صولحوا يؤخذ منهم الضعف مما يوخذ من المسلمين وقوله والمرأة من اهل وجوب مثله اي مثل ما وجب بالصلح وقوله الايرى انه لا تراعى فيه شرائطها اي فيما اخذ منهم من المضاعفة شرائط الجزية من وصف الصغار كعدم القبول من يد النائب والاعطاء قائما والقابض قاعدا واخذ

التلبيب على ما مر وقوله ويوضع على مولى التغلبي الخراج اي الجزية وخراج
الارض بمنزلة مولى القرشي اي لا توخذ الجزية وخراج الارض من القرشي وتوخذ
من معتقه فكذلك ههنا توخذ الجزية من معتق التغلبي وان لم توخذ من التغلبي
وقوله ولنا ان هذا اي اخذ مضاعف الزكوة تخفيف يعني لما ذكرنا انه ليس فيه وصف الصغار
بخلاف الجزية والمولى لا يلحق بالاصل فيه اي في التخفيف ولهذا اي ولكون المولى لا يلحق
بالاصل في التخفيف توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا ولم يلحق بمولاه في ترك
الجزية وان كان الاسلام اعلى اسباب التخفيف واولاها فان قيل حرمة الصدقة ليست بتغليظ
بل هي تخفيف بالتخليص عن التدنس بالآثام وقد الحق مولى الهاشمي فيها بالهاشمي
اجاب بقوله بخلاف حرمة الصدقة الخ وقوله في حقه اي فيما هو حق مولاه وهو
حرمة الصدقة فان قيل ما بال مولى الغني لم يلحق به في حرمة الصدقة والعلة المذكورة
وهي ان الحرمات تثبت بالشبهات موجودة اجاب بقوله لان الغني من اهلها
اي من اهل الصدقة في الجملة ولهذا حلت له اذا كان عاملا وانما الغناء مانع
ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس باهل لها اصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن
اوساخ الناس فالحق به مولاه ويجوز ان يقال حرمة الصدقة على بني هاشم تشريف
لهم وفي الحاق الموالي بهم زيادة في التشريف وحرمتها على الغني لغناه وفي الحاق
مولاه به لا يزداد غنىً ولم يذكر الجواب عما استدل به زفر رحمه الله من الحديث
وهو انه غير مجري على عمومه فان مولى الهاشمي ليس كهو في الكفاءة بالاجماع
فوجب التاويل بانه محمول على التعاون والتناصر لانه من لوازمه فان الرجل اذا
كان من القوم يقوم بنصرتهم وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله القياس في الكل
سواء وهو ان لا يلحق مولى القوم بهم الا ان ورود الحديث كان في حرمة الصدقة
على بني هاشم وهو ما روي ان ابا رافع رضي الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه

عليه وسلم ايحل الصدقة فقال صلى الله عليه وسلم لا انت مولانا ومولى القوم من انفسهم والمخصوص من القياس بالنص لا يلحق به ماليس في معناه من كل وجه وهذا ليس في معنى ما ورد به النص لان ذلك كان لاظهار فضيلة قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحاق مولاهم بهم ومولى التغلبي ليس من ذلك في شيء وقوله وما جباه الامام اي جمعه والثغور جمع ثغر وهو موضع مخافة البلدان والقنطرة مالا يرفع والجسر ما يرفع وقوله وهؤلاء عملتهم اي القضاة وعمالهم والعلماء عملة المسلمين والعملة جمع عامل وقوله فلا شيء له من العطاء العطاء ما يكتب للغزاة في الديوان ولكل من قام بامر من امور الدين كالقاضي والمفتي والمدرس وفي الابتداء كان يعطى كل من له ضرب مزية في الاسلام كازواج النبي صلى الله عليه وسلم واولاد المهاجرين والانصار رضي الله عنهم وكذلك لو مات في آخر السنة لا يورث العطاء لانه صلة فلا يملك قبل القبض وانما وضع المسئلة في نصف السنة لانه لو مات في آخر السنة يستحب صرف ذلك الى قريبه لانه قد اوفى غناه فيستحب الصرف الى قريبه ليكون اقرب الى الوفاء والله اعلم بالصواب *

باب احكام المرتدين

لما فرغ من بيان احكام الكفر الاصلي ذكر في هذا الباب احكام الكفر الطارئ لان الطارئ انما هو بعد وجود الاصلي وكلامه واضح وقوله الا ان العرض على ما قالوا غير واجب ظاهر المذهب قال في الايضاح ويستحب عرض الاسلام على المرتدين هكذا روي عن عمر رضي الله عنه لان رجاء العود الى الاسلام ثابت لاحتمال ان الردة كانت باعتراض شبهة وقوله وتاويل الاول يعني قوله ويحبس ثلثة ايام انه يستمهل اي يطلب المهل فيحبس ثلثة ايام واما اذا لم يطلب فالظاهر من حاله انه متعنت في ذلك فلا باس بقتله الا انه يستحب

ان يستتاب لانه بمنزلة كافر بلغته الدعوة فان قيل تقدير المدة ههنا بثلثة ايام نصب الحكم بالرأي فيما لامدخل له فيه لانه من المقادير اجيب بان هذا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص لان ورود النص في خيار البيع بثلثة ايام انما كان للتأمل والتقدير بها ههنا ايضا للتأمل وقوله ولانه كافر حربي بيانه انه كافر لا محالة وليس بمستأمن لانه لم يطلب الامان ولاذمي لانه لاتقبل الجزية منه فكان حربيا وقوله لاطلاق الدلائل يعني قوله تعالى فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ وقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام يعني بعد الاتيان بالشهادتين واما المرتدة فلا تقتل فان قتلها رجل لم يضمن شيئا حرة كانت او امة قال في النهاية كذا في المبسوط وقوله لما روينا اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وهذه الكلمة تعم الرجال والنساء كقوله تعالى فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية متغلظة وكل ماهو جناية متغلظة تناط بها عقوبة متغلظة وردة المرأة تشارك ردة الرجل في هذه العلة فيجب ان تشاركها في موجبها لان الاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في المعلول وصار كالزنا وشرب الخمر والسرقة وفيه نظر لانه اثبات مايدرء بالشبهات بالرأي ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء ولان القتل جزاء الكفر والاصل في الاجزية تاخيرها الى دار الجزاء وهي الآخرة لان تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء الذي هو من الله اظهار علمه لان الناس يمتنعون خوفا من لحوقه فصاروا في المعنى كالمجبورين وفيه اختلال بالابتلاء وانما عدل عنه اي عن هذا الاصل الى تعجيل بعضها دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لان بنيتهن غير صالحة لذلك بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية والكافرة الاصلية لا تقتل فكذا المرتدة وما قيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مرتدة فقد قيل انه صلى الله عليه وسلم لم يقتلها بمجرد الردة بل لانها كانت ساحرة شاعرة تهجو رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان لها ثلثون ابنا

ابناوهي تحرضهم على قتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر بقتلها والجواب عما روي انه ليس بمجري على ظاهره لان التبديل يتحقق من الكافر اذا اسلم فعرفنا انه عام لحقه خصوص فيخص المتنازع فيه بما ذكرنا من المعنى وقوله ولكن تحبس ظاهرو اعاد رواية الجامع الصغير لاشتمالها على ذكر الحر والحرة والامة وقوله والامة يجبرها مولاها قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى اذا ارتدت الامة واحتاج المولى الى خدمتها دفعت اليه وامره القاضي ان يجبرها على الاسلام قال المصنف رحمه الله اما الجبر فلما ذكرنا يعني انها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين اي الجبر والاستخدام ولم يشترط في الكتاب حاجة المولى الى خدمتها وهو رواية الجامع الصغير وشرطها في رواية قال فخر الاسلام والصحيح انها تدفع الى المولى احتاج او استغنى وقال وكذلك لا يشترط طلب المولى فان قيل للمولى حق الاستخدام في العبد والامة جميعا فكيف دفعت اليه الامة دون العبد اجيب بان العبد اذا ابى قتل فلا فائدة في الدفع الى المولى **قوله** ويزول ملك المرتد عن امواله بردته ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى اي موقوفا الى ان يتبين حاله فان اسلم عادت على حالها قالوا اي المشائخ رحمهم الله هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يزول لانه مكلف محتاج وكل من هو كذلك يجب عدم زوال ملكه لانه لا يتمكن من اقامة موجب التكليف الا بالملك فيبقى ملكه الى ان يقتل كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص والجامع ان كلا منهم مكلف مباح الدم وله انه حربي مقهور تحت ايدينا بدليل انه يقتل ولا قتل الا بالحراب فكان القتل ههنا مستلزما للحراب لان نفس الكفر ليس بمبيح له ولهذا لا يقتل الاعمى والمقعد والشيخ الفاني وقد تحقق الملزوم بالاتفاق وهو كونه ممن يقتل فلا بد من لازمه وهو كونه حربيا وهذا اي كونه حربيا مقهورا تحت ايدينا يوجب زوال ملكه ومالكيته لان المقهورية امارة المملوكية واذا كان مقهورا ارتفعت مالكيته وارتفاعها يستلزم ارتفاع

الملك لان ارتفاع المالكية مع بقاء الملك محال غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه وعوده مرجو وذلك يوجب بقاء المالكية لانه حي مكلف محتاج الى ما يتمكن به من اداء ما كلف به فبالنظر الى الاول يزول وبالنظر الى الثاني لا يزول فتوقفنا في امره وقلنا بزوال موقوف فان اسلم جعل هذا العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم وصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل بالسبب وان مات اوقتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه لا يقال اذا كان كذلك كان الواجب ان لا يخرج المال عن ملكه كما هو مقتضى هذا الدليل في غير هذا الموضع لانا نقول ذلك مقتضاه اذا تساوت الجهتان وافضى الى الشك وههنا ليس كذلك فان جهة الخروج ظن وجهة عدمه دونه فيلزم التوقف وانما قيد بقوله في حق هذا الحكم احترازا عن احباط طاعاته ووقوع الفرقة بينه وبين امرأته وتجديد الايمان فان الارتداد بالنسبة اليها قد عمل عمله **قوله** وان مات اوقتل على ردته اعاده لانه لفظ القدوري والاول كان لفظه ذكره شرحا للكلام وقوله ثم هو مال حربي لا امان له فيكون فيئا يعني يوضع في بيت المال ليكون للمسلمين باعتبار انه مال ضائع وقوله على ما بيناه اشارة الى قوله لانه مكلف محتاج الى آخره وقوله ويستند يعني التوريث الى ما قبيل ردته فيجعل كأنه اكتسبه في حال الاسلام فورثه وارثه منه من وقت الاسلام ولابي حنيفة رحمه الله انه يمكن الاستناد اي استناد التوريث في كسب الاسلام لوجوده اي لوجود الكسب قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها اي لعدم الكسب قبل الردة ومن شرطه وجوده قبلها اي ومن شرط استناد التوريث وجود الكسب قبل الردة ليكون فيه توريث المسلم من المسلم لانا لو قلنا بالتوريث فيما اكتسبه في حال الردة لزم توريث المسلم من الكافر وذلك لا يجوز ثم انما يرثه من كان وارثا له في حال الردة ويبقى وارثا الى وقت موته حتى لو حدث له

له وارث بعد الردة بان اسلم بعض قرابته او ولد له من علوق حادث بعد ردته لا يرث في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية الحسن عنه اعتبارا للاستناد يعني ان الردة يثبت بها الارث بعد وجود احد الاشياء الثلثة الموت والقتل والحكم بلحاقه بدار الحرب وان لم يثبت قبل وجودها فاذا وجد صار كأن الوارث ورثه حين الردة فلاجل هذا شرط ان يكون وارثا الى وجود احدها وعنه اي عن ابي حنيفة رحمه الله وهي رواية ابي يوسف رحمه الله عنه انه يرثه من كان وارثا له عند الردة ثم لا يبطل استحقاقه بموته اي بموت الوارث بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت في التوريث ومن مات من الورثة بعد موت المورث قبل قسمة ميراثه لا يبطل استحقاقه ولكن يخلفه وارثه فيه فهذا كذلك وعنه اي وعن ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية محمد رحمه الله عنه قيل وهو الاصح انه يعتبر وجود الوارث عند الموت يعني احد الامور الثلثة سواء كان موجودا وقت الردة اوحدث بعده لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده كما في الولد الحادث من المبيع قبل القبض في انه يصير معقودا عليه بالقبض ويكون له حصة من الثمن قال في النهاية وحاصله اي على رواية الحسن يشترط الوصفان وهما كونه وارثا وقت الردة وكونه باقيا الى وقت الموت اوالقتل حتى لو كان وارثا ثم مات قبل موت المرتد اوحدث وارث بعد الردة فانهما لا يرثان وعلى رواية ابي يوسف رحمه الله يشترط الوصف الاول دون الثاني وعلى رواية محمد رحمه الله يشترط الوصف الثاني دون الاول وترثه امرأته المسلمة اذا مات اوقتل على ردته وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا لانها سبب للهلاك كالمرض فاشبه ردته التي حصلت بها البينونة الطلاق في حالة المرض والطلاق البائن حالة المرض يوجب الارث اذا كانت في العدة فان قيل ابو حنيفة رحمه الله يسند التوريث الى ماقبل الردة وذلك يستلزم ان لا يتفاوت الحكم بين

المدخول بها وغير المدخول بها لان الردة موت وامرأة الميت ترثه سواء كانت مدخولا بها او لم تكن اجيب بان الموت الحقيقي سبب للارث حقيقة فيستوي فيه المدخول بها وغيرها واما الردة فانها جعلت موتا حكما ليكون توريث المسلم من المسلم فهي ضعيفة في السببية فلابد من تقويتها بما هو من آثار النكاح من الدخول وقيام العدة وقوله بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رحمه الله فان ما اكتسبه في حال ردته فيء عنده وفرق بينهما بقوله لانه لا حراب منها ومعناه فلا قتل اذ ذاك لما تقدم من الملازمة وحاصل الفرق ان المرأة لا تقتل والرجل يقتل ومعناه ان عصمة المال تبع لعصمة النفس فبالردة لا يزول عصمة نفسها حتى لا تقتل فكذلك عصمة مالها بخلاف الرجل فلما كانت عصمة مالها باقية بعد ردتها كان كل واحد من الكسبين ملكها فيكون ميراثا لورثتها ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة والقياس ان لا يرثها لان فرار الزوج انما كان يتحقق اذا مات وهي في العدة الا يرى انه لو طلقها قبل الدخول بها في مرضه لم يكن لها الميراث لانها ليست في عدته ثم ههنا لا عدة على الرجل فينبغي ان لا يرثها الزوج ووجه الاستحسان ما اشار اليه بقوله لقصدها ابطال حقه وبيانه ان حقه تعلق بمالها لمرضها فكانت بالردة قاصدة ابطال حقه فارة عن ميراثه فيرد عليها قصدها كما في جانب الزوج بخلاف ما اذا كانت صحيحة حين ارتدت لانها بانت بنفس الردة فلم تصر مشرفة على الهلاك لانها لا تقتل بخلاف الرجل فلا يكون في حكم الفارة المريضة فلا يرث زوجها منها **قوله** وان لحق بدار الحرب مرتدا اي ان لحق المرتد بدار الحرب وحكم القاضي بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حالة الاسلام الى ورثته المسلمين عندنا وقال الشافعي رحمه الله يبقى ماله موقوفا وهو احد اقواله لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام والجامع كونه غيبة كما ترى وهو ضعيف جدا ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب حقيقة وحكما اما حقيقة فلانه بين

بين اظهرهم واعتقاده كاعتقادهم واما حكما فلانه لما ابطل احرازه نفسه بدار الاسلام حين عاد
الى دار الحرب صار حربا على المسلمين فاعطي حكم اهل الحرب في دار الحرب وهم
كالميت في حق المسلمين قال الله تعالى اَوَمَنْ كَانَ مَيْتًا فَاَحْيَيْنَاهُ ولان ولاية الالزام منقطعة
عن الموتى الان لحاقه لا يستقر الا بقضاء القاضي لاحتمال العود الينا فلا بد من القضاء
فاذا تقرر موته الحكمي يثبت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها يعني قوله عتق
مدبروه الى آخره كما في الموت الحقيقي وقوله ثم يعتبر ظاهر والضمير في تقرره للحاق
وقيل للسبب وهما متقاربان وقوله هذه رواية عن ابي حنيفة رحمه الله هو رواية زفر
رحمه الله عنه وقوله وعنه اي عن ابي حنيفة رحمه الله انه يبدأ بكسب الاسلام وهو رواية
الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وقوله وعنه اي وعن ابي حنيفة رحمه الله ايضا وهو
رواية ابي يوسف رحمه الله عنه على عكسه وهو ان يبدأ في قضاء الدين بكسب الردة
وقوله وجه الاول ان المستحق بالسببين اي المداينتين مختلف وتقريره ان المستحق
بالسببين مختلف والمؤدى من كسب واحد غير مختلف فالمستحق بالسببين غير مؤدى
من كسب واحد فلا بد من ادائه من كسبين تحقيقا للاختلاف وحصول كل واحد
من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به المستحق وهو الدين فيضاف اداؤه اليه
ليكون الغرم بازاء الغنم وقوله وجه الثاني تقريره ان كسب الاسلام ملكه وكل ما هو ملكه
يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه
واما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا
اذا تعذر قضاؤه من محل آخر بان لم يكن له كسب الاسلام فان قيل لما لم يكن ملكه كيف يؤدى
منه دينه اجاب بقوله كالذمي اذا مات ولا وارث له فلم يبق له ملك فيما اكتسبه بل يكون ماله
لعامة المسلمين ومع ذلك لو كان عليه دين قضي منه وقوله وجه الثالث ان كسب الاسلام
حق الورثة تقريره كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه وقضاء الدين

من خالص حقه اولى منه من حق غيره الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى دينه من كسب الاسلام تقديما لحقه وفيه بحث من اوجه الاول ما قيل ان هذا يناقض قوله واما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة والثاني ان كون كسب الاسلام حق الورثة ممنوع فان حقهم انما يكون متعلقا بالتركة بعد الفراغ عن حق المورث والثالث ان قضاء الدين من خالص حقه واجب ومن حق غيره ممتنع فلاوجه لقوله فكان قضاء الدين منه اولى واجيب عن الاول بان المعنى من خلوص الحق ههنا هو ان لا يتعلق حق الغير به كما يثبت التعلق في مال المريض ثم لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكا له الا ترى ان كسب المكاتب خالص حقه وليس بملك له وكذلك الذمي اذا مات ولا وارث له على ما ذكرنا آنفا وعن الثاني بان الدين انما يتعلق بماله عند الموت لا بما زال من قبل وكسب الاسلام قد زال وانتقل بالردة الى الورثة وكسبه في الردة هو ماله عند الموت فيتعلق الدين به وعن الثالث بان كسب الاسلام بعرضية ان يصير خالص حقه بالتوبة فكان احدهما خالص حقه والآخر بعرضية ان يصير خالص حقه ولا شك ان قضاء الدين من الاول اولى هذا على طريقة ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يقضى دينه من الكسبين جميعا لانهما جميعا ملكه حتى يجرى الارث فيهما على ما تقدم من مذهبهما **قوله** وما باعه او اشتراه ذكر التصرفات التي اختلف علماؤنا في نفاذه وتوقفه وقال وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وانما قال كذلك لان المسئلة من مسائل القدوري وليس الخلاف فيه مذكورا في هذا الموضع وبين اقسام تصرفات المرتد وهو واضح الا ما نذكره فقوله يجوز ما صنع في الوجهين يريد باحدهما الاسلام وبالثاني الموت والقتل واللحاق وقوله لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية نشر لقوله كالاستيلاد والطلاق فقوله الى حقيقة الملك يعني في الاستيلاد فلو ولدت جاريته فادعى نسبه يثبت منه ويرثه هذا الولد مع ورثته وكانت الجارية ام ولد له لان حقه في

في ماله اقوى من حق الاب في جارية ولده واستيلاد الاب صحيح فكذا استيلاد حيث لا يحتاج الى حقيقة الملك وانما يكتفى فيه بحق الملك وقوله وتمام الولاية يعني في الطلاق فانه يصح من العبد مع قصور الولاية على نفسه فان قيل الفرقة تقع بين الزوجين بالارتداد فكيف يتصور الطلاق من المرتد اجيب بان المرتد يقع طلاقه كما لوا بان الرجل امرأته ثم طلقها طلاقا ثانيا على ماعرف على انه يحتمل ان يوجد الارتداد ولا تقع الفرقة كما لو ارتدا معا وقوله لانه اي كل واحد من النكاح والذبيحة يعتمد الملة ولا ملة له لانه ترك ماكان عليه ولا يقر على ما دخل فيه لوجوب القتل واستشكل بان المراد بالملة ان كان الاسلام ينتقض بنكاح اهل الكتاب وذبائحهم وان كان المراد به الملة السماوية ينتقض بصحة نكاح المجوس والمشركين فيما بينهم فانه ليس لهم ملة سماوية لا مقررة ولا محرفة وقد حكم بصحة نكاحهم ولهذا يحكم القاضي بالنفقة والسكنى وجريان التوارث بين الزوجين منهم واجيب بان المراد بالملة ما يتدينون به نكاحا يقرون عليه ويجري به التوارث بين الزوجين لان ما هو الغرض من النكاح يحصل عند ذلك وهو التوالد والتناسل والمرتد والمرتدة ليسا على تلك الملة فلا يصح نكاحهما لان المرتد يقتل والمرتدة تحبس فكيف يتم لهما هذه الاغراض من النكاح بخلاف المجوس واهل الشرك فانهم دانوا دينا يقرون عليه قبل الاسلام وبعده ان لم تكن المرأة من محارمه فكانت المصلحة منتظمة وقوله كالمفاوضة معناه ان المرتد ان فاوض مسلما توقف فان اسلم نفذت المفاوضة وان مات او قتل او قضي بلحاقه بدار الحرب بطلت المفاوضة بالاتفاق وقوله وهو ما عددناه يعني وقوله وما باعه او اشتراه الى آخره وقوله على ما قررناه اشارة الى قوله لانه ملك محتاج الى آخره وقوله ولهذا لو ولدله ولد بعد الردة لستة شهر توضيح لوجود ملك المرتد يعني فلو كان الملك زائلا لما ورثه هذا الولد لكون علوقه بعد الارتداد وقوله ولو مات ولد بعد الردة يعني لو مات ولده المولود بعدها قبل

موت المرتد لا يرثه فلو لم يكن ملكه قائما بعد الردة لورثه هذا الولد لانه كان حيا وقت ردة الاب فاذا ثبت وجود الاهلية و قيام الملك يصح تصرفه لكن على الاختلاف المذكور في الكتاب وقوله على ما قررناه في توقف الملك اشارة الى ما قدمه من قوله وله انه حربي مقهور تحت ايدينا وتوقف التصرفات بناء عليه اي على توقف الملك وقوله لتوقف حاله اي حال الحربي بين الاسترقاق والقتل والمن وقوله فكذا المرتد يعني حاله يتوقف بين القتل والاسلام ثم هناك ان استرق او قتل بطل وان ترك نفذ فكذلك ههنا واعترض عليه بان الحربي الذي دخل دارنا بغير امان يكون فيئا فكيف يتوقف تصرفاته والاعتراف بجواز المن يسقط الاعتراض وقوله استحقاقه القتل جواب عن قولهما ولا خفاء في الاهلية وتقريره لا نسلم وجود الاهلية لان الصحة تقتضي اهلية كاملة وليست بموجودة في المرتد كما انها ليست بموجودة في الحربي لان كل واحد منهما يستحق القتل لبطلان سبب العصمة وهو كونه آدميا مسلما وذلك يوجب الخلل في الاهلية وقوله في الفصلين يريد به فصل الحربي وفصل المرتد فان قيل لو كان استحقاق القتل موجبا للخلل في الاهلية مؤثرا في توقف التصرفات لكان تصرفات الزاني المحصن الذي يستحق القتل وقاتل العمد موقوفة لاستحقاقهما القتل اجاب بقوله لان الاستحقاق في ذلك يعني ان الاستحقاق في الموجب للخلل هو ما كان باعتبار بطلان سبب العصمة والزاني والقاتل ليسا كذلك لان الاستحقاق فيهما جزاء على الجناية وقوله وبخلاف المرأة جواب عن قولهما وصار كالمرتدة **قوله** فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه اذا عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب الى دار الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه عنه حيث دخل دار الحرب واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه اي على الوارث قال شمس الائمة الحلوائي في هذا ولو كان هذا بعد موته حقيقة بان احياه الله تعالى واعاده الى الدنيا كان الحكم فيه

فيه هكذا الا انه خلاف العادة بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه فانه لا سبيل له لانه ازاله
في وقت كان فيه بسبيل من الازالة فنفذت وبخلاف امهات اولاده ومدبريه فانه
لا سبيل له عليهم لان القضاء بعتقهم قد صح بدليل مصحح وهو قضاء القاضي بلحاقه عن
ولاية لانه لو كان في دار الاسلام كان له ان يميته حقيقة فاذا خرج عن ولايته كان له ان
يميته حكما فاذا كان قضاؤه عن ولاية نفذ والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض ولو جاء مسلما
قبل قضاء القاضي بذلك فكأنه لم يزل مسلما فامهات اولاده ومدبروه على حالهم
لا يعتقون بقضاء القاضي وما كان عليه من الديون فهو الى اجله كما كانت لما ذكرنا
يعني من قوله الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي وقوله واذا وطئ المرتد جارية
نصرانية ظاهر وقوله فلما قلنا اشارة الى قوله لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك ثم حكم تمام
ستة اشهر حكم الاكثر منها وانما قيد بقوله لاكثر من ستة اشهر احترازا عما اذا جاءت
به لاقل من ستة اشهر فان الولد يرث اباه المرتد وان كانت امه نصرانية لانا تيقنا حينئذ بوجوده
في البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا لابيه واما اذا جاءت به لستة اشهر من وقت
الردة لم يتيقن بعلوق الولد قبل الردة فلا يجعل الولد مسلما باسلام الاب قبل الردة
واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو اي فذلك المال فيئ
دون نفسه ويجوز ان يكون ماله فيئا دون نفسه كمشركي العرب وان لحق ثم رجع
يعني وان لحق وحكم القاضي بلحاقه ثم رجع واخذ مالا والحقه بدار الحرب فظهر على
ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم والفرق بين المسئلتين ان الاول
مال لم يجر فيه الارث فهو مال الحربي فاذا ظهر على مال الحربي فهو فيئ لا محالة
والثاني انتقل الى ورثته بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما والمالك القديم
اذا وجد ماله في الغنيمة قبل القسمة اخذه مجانا فان لم يكن القاضي حكم بلحاقه
والمسئلة بحالها ففي ظاهر الرواية يرد على الورثة ايضا لانه متى لحق بدار الحرب

فالظاهر انه لا يعود فكان ميتا ظاهرا وفي بعض روايات السير يكون فيئا لاحق للورثة فيه لان الحق لا يثبت لهم الا بالقضاء واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضي به لابنه وكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والولاء والكتابة للمرتد الذي اسلم اما جواز الكتابة فلانه لا وجه الى بطلانها لنفوذها بدليل منفذ وهو قضاء القاضي باللحاق ثم بعد ذلك اما ان يبقى المكاتب على ملك الابن او ينتقل الى الاب لاسبيل الى الاول لان الكتابة لا تخل بملك الرقبة وقد ذكرنا ان المرتد اذا عاد مسلما اخذ ماوجده بعينه في يد وارثه ولا الى الثاني لان المكاتب لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته لان في الوكالة خلافة احتيالا لبقاء حكم الحاكم في صحة المكاتبة فكأنه وكيله في كتابة عبده وحقوق العقد فيه اي في عقد الكتابة ترجع الى الموكل واما ان الولاء للمرتد الذي اسلم فلان الولاء لمن اعتق والعتق انما يحصل فيه بعد اداء بدل الكتابة بخلاف ما اذا رجع مسلما بعد اداء بدل الكتابة لان الملك الذي كان له لم يبق قائما حينئذ **قوله** واذا قتل المرتد رجلا كلامه واضح وقوله لانعدام النصرة يعني ان التعاقل انما يكون باعتبار التناصر ولا احد لا ينصر المرتد فتكون الدية في ماله كسائر ديونه وماله هو المكتسب في حال الاسلام دون الردة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما الكسبان جميعا ماله فقوله وعنده ماله المكتسب مبتدأ وخبر وكان المقام مقتضيا لضمير الفصل ليفصله عن الصفة وقوله واما الاول يعني مااذا مات على ردته وقوله فاهدرت يعني السراية لانها لو لم تهدر لوجب القصاص في العمد والدية الكاملة في الخطاء لان قطع اليد صار قتلا بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك فانه لا يضمن القاطع شيئا وان كان معصوما وقت السراية لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار يعني اذا لم يقع معتبرا ابتداء لا ينقلب معتبرا بعد ذلك لان غير الموجب لا ينقلب موجبا اما المعتبر فقد يهدر بالابراء فكذلك بالردة قوله

قوله فان لم يلحق واسلم يعني اذا قطع يد المسلم ثم ارتد والعياذ بالله ولم يلحق بدار الحرب ثم اسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وقوله في جميع ذلك اي فيما اذا مات على ردته او لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما او لم يلحق واسلم وقوله لان اعتراض الردة اهدار السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان دليله ان الردة معنى لو مات عليه لم يجب بالسراية شيء فكذلك اذا لم يمت عليه كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه او تفاسخا البيع ثم مات العبد لم يجب الا دية اليد كما لو مات على البيع لان البيع معنى لو مات عليه لم يجب بالسراية شيء لان الاقدام على البيع ابراء عن الجناية من حيث المعنى وصار كما اذا قطع يد مرتد فاسلم ومات من القطع او لم يمت حيث لا يجب ضمان النفس في الاول ولا ضمان اليد في الثاني بناء على الاصل المار ان المهدر لا يلحقه الاعتبار ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم لان الغرض انه قطع يده وهو مسلم ويمت على محل معصوم ولان الغرض انه لم يلحق واسلم فيجب ضمان النفس والباقي ظاهر وقوله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين يعني اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار عتق اما لو عدم الملك عند اليمين او عند الحنث لم يعتق وفرق بين الردة والبيع بان الردة ليست بابراء ولا مستلزمة له لانها وضعت لتبديل الدين وتصح من غير ابراء الغرماء الا انه اذا مات على ذلك لم يجب الضمان لهدر دمه بالردة بخلاف بيع العبد المجني عليه لان البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه فاذا قطع الاصل قصدا فقد قطع البدل ايضا فصار كالابراء وذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ان قول محمد وزفر رحمهما الله قياس وقول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله استحسان ولم يذكر في الكتاب ما اذا كان القاطع هو الذي ارتد فقتل ومات المقطوع يده بالسراية مسلما وحكمه انه ان كان عامدا فلا شيء له لان الواجب في العمد القود وقد فات محله حين قتل على ردته او مات وان كان خطأ

فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند الجناية كان مسلما وجنايته المسلم اذا كان خطأ على عاقلته وتبين بالسراية ان جنايته كانت قتلا فلهذا كان على عاقلته دية النفس وان كانت الجناية منه في حال ردته كانت الدية في الخطأ في ماله لما بينا ان المرتد لا يعقل جنايته احد وقوله واما عند ابي حنيفة رحمه الله اي ابو حنيفة رحمه الله يحتاج الى الفرق بين المرتد الحر والمكاتب حيث لم يجعل كسبه ملكا له اذا كان حرا وجعله ملكا له اذا كان مكاتبا ووجه الفرق ما ذكره ان المكاتب انما يملك اكسابه بعقد الكتابة وعقد الكتابة لا يتوقف بالردة لانه لا يتوقف بحقيقة الموت فكذا باللحاق الذي هو شبه الموت واذا لم يتوقف العقد لم يتوقف الاكساب الحاصلة بسببه واستوضح ذلك بقوله الا ترى انه اي المكاتب لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى يعني الردة بالطريق الاولى وانما كان الرق اقوى من الردة في المانعية عن التصرف لان بعض تصرفات المرتد نافذ بالاجماع كالاستيلاد والطلاق وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما واما العبد فممنوع عن التصرفات كلها ثم لما لم تتوقف تصرفات المكاتب مع كونه رقيقا لم يتوقف تصرفه ايضا مع انه مرتد بالاولى قال صاحب النهاية قلت لشيخي رحمه الله في هذا لا يلزم من عدم منع الرق المكاتب عن التصرفات عدم منع الردة منها لانه اذا لم يمنعه كل واحد منهما على الانفراد جاز ان يمنعاه عند الاجتماع لان للاجتماع تاثيرا كما في الشاهدين ثم اجتمع ههنا للمكاتب ثلثة اوصاف كونه مكاتبا ورقيقا ومرتدا فجاز ان يكون ممنوعا عند اجتماع هذه الاوصاف قال رحمه الله اما الكتابة فهي مطلقة للتصرف لا مانعة واما الرق والردة فكل واحد منهما علة في المنع عن التصرف بانفراده فلا يثبت الرجحان بزيادة العلة كما اذا اقام احد المدعيين اربعة من الشهود بل الرجحان انما يثبت بوصف في العلة لا بالعلة نفسها الى هنا لفظه وارى ان الجواب بحسب النظر غير مطابق للسؤال لانه ما اورد السؤال من حيث ان احدى علتي المنع تعارض علة الاطلاق وترجح

ويترجح بالاخرى بل اورد من حيث انهما عند الاجتماع لم لا يجوز ان يكونا مانعين عن التصرف بناء على ان الهيئة الاجتماعية لها من الخواص ما ليس لكل واحد من الافراد ولعل الجواب ان الهيئة الاجتماعية انما يكون لها زيادة تاثير اذا امكن ان يحصل من تركبها امر خارجي او اعتباري حقيقي لا فرضي ولا يمكن ذلك من الرق والردة **قوله** واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله قيل قوله فحبلت المرأة في دار الحرب تقييده بدار الحرب اتفاقي فانها ان حبلت في دارنا ثم لحقت بدار الحرب فالجواب كذلك ولعله ذكره لفائدة وهي ان العلوق اذا كان في دار الحرب كان ابعد عن الاسلام واذا كان في دار الاسلام كان اقرب اليه باعتبار الدار لكون الدار جهة في الاستتباع فالجبر هناك يكون جبرا ههنا بالطريق الاولى وكلامه ظاهر وقوله ولا يجبر ولد الولد هو ظاهر الرواية ووجهه انه لو كان مسلما تبعا للجد كان تبعا لجد جده فحينئذ يكون الناس كلهم مسلمين بتبعية آدم عليه السلام ولو كان تبعا لابيه وهو تبع لكان التبع مستتبعا لغيره وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يجبر تبعا للجد لان التبعية في حق الاب للتفرع والتفرع ثابت في حق الجد ولهذا كان بمنزلة الاب في النكاح وبيع مال الصغير وقوله كلها على الروايتين يعني في ظاهر الرواية لم يجعل الجد بمنزلة الاب في تلك المسائل وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله جعل الجد فيها بمنزلة الاب اما صورة الولد مسلما باسلام جده فهي ما ذكرنا واما صورة صدقة الفطر فهي ان الاب اذا كان فقيرا او عبدا والجد موسر هل يجب فطرة الحافد عليه اولا واما صورة جر الولاء فانه اذا اعتق الجد والحافد حر والاب رقيق هل يكون ولاء الحافد لمولى الجد اولا واما صورة الوصية للقرابة فاذا اوصى رجل لذي قرابته لا يدخل الوالدان فيها وهل يدخل الجد اولا على الروايتين وذكرنا هذه المسائل في شرح الفرائض السراجية وشرح رسالتنا وقوله وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد يعني يجري عليه احكامه فيبطل

نكاحه ويحرم عن الميراث ويجبر على الاسلام ولا يقتل وان ادرك كافرا [illegible]
وتوجيه تحرير المذهب في الكتاب ظاهر وقوله لهما اي لزفر والشافعي رحمهما الله انه
اي الصبي الذي يعقل تبع لابويه فيه اي في الاسلام فلا يجعل اصلا يعني يصح اسلامه
بطريق التبعية للابوين فلا يصح بطريق الاصالة اذ التبعية دليل العجز والاصالة دليل
القدرة وبين العجز والقدرة تناف واحد المتنافيين وهو الاسلام بطريق التبعية موجود
بالاجماع فينتفي الآخر ضرورة وقوله ولانه يلزمه دليل آخر وهو واضح وقوله وافتخاره
به مشهور يشير الى ما قاله رضي الله عنه * شعر * سبقتكم الى الاسلام طرا * غلاما ما بلغت
اوان حلمي * واختلفت الرواية في سنه حين اسلم وحين مات قال جعفر بن محمد اسلم
وهو ابن خمس سنين ومات وهو ابن ثمان وخمسين سنة لان النبي صلى الله عليه
وسلم دعاه الى الاسلام في اول مبعثه ومدة البعث ثلثة وعشرين سنة والخلافة بعده
ثلثون انتهت بموت علي رضي الله عنه فاذا ضممت خمسا الى ثلث وخمسين صار
ثمان وخمسين وقال القتيبي اسلم وهو ابن سبع سنين ومات وهو ابن ستين وقوله ولانه
اتى بحقيقة الاسلام دليل آخر وهو ظاهر وقوله وما تتعلق به سعادة ابدية يجوز ان يكون
معطوفا على التصديق اي هو التصديق الاصلي وهو ما الخ ويكون خبر مبتدأ محذوف
ويجوز ان يكون مبتدأ وخبره قوله هو الحكم الاصلي على تقدير ان يكون بغير واو
ويجوز ان يكون قوله وما يتعلق به مبتدأ وقوله سعادة ابدية خبره وهو الاولى وهو جواب
عن قوله ولانه تلزمه احكام تشوبها المضرة وعورض بانه لو صح اسلامه بنفسه وقع
فرضا لانه لا نفل في الايمان ومن ضرورة كونه فرضا ان يكون مخاطبا به وهو غير
مخاطب بالاتفاق فاذا لم يمكن تصحيحه فرضا لم يصح بخلاف سائر العبادات فانه
يتردد بين الفرض والنفل والجواب انا لا نسلم ان من ضرورة كونه فرضا ان يكون
مخاطبا فان المسافر اذا حضر الجمعة وصلى وقع فرضا وليس بمخاطب به ومن صلى في

في اول الوقت وقع فرضا وهوليس بمخاطب به عندنا في ذلك الوقت والجواب عن قولهما انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا ان احدى الحجتين مؤيدة بالاخرى فلا تكونان متنافيتين وذلك كالجندي اذا سافر مع السلطان ونوى السفر فهو مسافر بنية مقصودة وتبعا للسلطان ايضا وقوله ولهم اي لابي يوسف وزفر والشافعي رحمهم الله وقوله ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فيهما اي في الردة انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام فان رد الردة يكون بالعفو عنها وذلك قبيح كما ان رد الاسلام انما يكون بالحجر عنه وهو كذلك واعترض بان هذا اعتبار ما هو مضرة محضة بما هو منفعة محضة وذلك جمع بين الشيئين بالقياس فرق الشارع بينهما ومثله فاسد في الوضع على ما عرف في الاصول والجواب ان هذا قياس منا لوجود شيء وتحققه بوجود شيء آخر وتحققه في عدم جوازه الرد ولا نسلم ان الشارع فرق بينهما وقوله الا انه يجبر على الاسلام هذا جواب الاستحسان وفي القياس يقتل لردته بعد اسلامه وقوله لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة لهم قال في النهاية وفيه نظر لانه اسقط عقوبة القتل عن الصبي المرتد مرحمة لصباه والله تعالى ارحم الراحمين وهو لم يرحم عليه حتى عاقبه في النار مخلدا كسائر الكفار وذلك منصوص عليه في الاسرار والجامع الصغير للامام التمرتاشي ومشار اليه في المبسوط ثم قال فاولى ما يعلل به في عدم قتل الصبي المرتد ما ذكرناه من تعليل المبسوط وهو قوله وانما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة اسلامه في الصغر والله اعلم بالصواب *

باب البغاة

اخر هذا الباب عن باب المرتد لقلة وجوده والبغاة جمع الباغي كالقضاة جمع القاضي واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من اطاعة الامام دعاهم الى العود

الى الجماعة وكشف عن شبهتهم وذلك بطريق الاستحباب فان اهل العدل لوقاتلهم من غير دعوة الى العود لم يكن عليهم شيء لانهم علموا مايقاتلون عليه فحالهم في ذلك كحال المرتدين واهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة لان عليا رضي الله عنه فعل كذلك باهل حروراء بالحاء المهملة ممدودا ومقصورا قرية بالكوفة كان بها اول تحكيم الخوارج واجتماعهم بسبب تحكيم عليّ اباموسى الاشعري بينه وبين معوية قائلين ان القتال واجب لقوله تعالى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي الآية على ترك القتال بالتحكيم وهو كفر لقوله تعالى وَمَنْ لَّمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ فَأُولٰئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ وذلك انه رضي الله عنه انفذ ابن عباس رضي الله عنه ليكشف شبهتهم ويدعوهم الى العود فلما ذكروا شبهتهم قال ابن عباس رضي الله عنهما هذه الحادثة ليست بادنى من بيض حمام وفيه التحكيم لقوله تعالى يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ فكان تحكيم علي رضي الله عنه موافقا للنص فالزمهم الحجة فتاب البعض واصرآخرون وكلامه واضح وقوله والمروي عن ابي حنيفة رحمه الله من لزوم البيت يريد به ماروى الحسن رضي الله عنه عن ابي حنيفة رحمه الله ان الفتنة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم ان يعتزل الفتنة ويقعد في بيته لقوله صلى الله عليه وسلم من فر من الفتنة اعتق الله رقبته من النار محمول على حال عدم الامام واما اذا كان المسلمون مجتمعين على امام وكانوا آمنين به والسبل آمنة فخرج عليه طائفة من المؤمنين فحينئذ يجب على كل من يقوى على القتال ان يقاتلهم نصرة لامام المسلمين لقوله تعالى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي فان الامر للوجوب وقوله اجهزواتبع على بناء المفعول ويقال اجهزت على الجريح اذا اسرعت قتله وتممت عليه وقوله ولا يقتل اسيرهو منقول عن علي رضي الله عنه ولا يكشف سترا اي لاتسبى نساؤهم الا يرى ان اصحاب علي رضي الله عنه سألوه قسمة ذلك فقال واذا قسمت ذلك فلمن تكون عايشة والقدوة اسم الاقتداء كالاسوة اسم الايتساء ثم يقال فلان قدوة اي يقتدى به وقوله لماذكرنا اشارة الى قوله

قوله ويحبسهم والى قوله دفعا للشر وقوله ولانهم مسلمون معطوف على قوله لقول علي رضي الله عنه وقوله اما عدم القسمة فلما بيناه اشارة الى قول علي رضي الله عنه ولا يوخذ مال وقوله ولانهم مسلمون وقوله واز عجوا يعني اقلع اهل البغي من المصر قبل ذلک اي قبل اجراء احكامهم على اهله وقوله في الوجهين اي في الوجه الذي قال انا على الحق وفي الوجه الذي قال انا على الباطل وقوله رواه الزهري قال الزهري وقعت الفتنة واصحاب رسول صلى الله عليه وسلم كانوا متوافرين فاتفقوا على ان كل دم اريق بتاويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل بتاويل القرآن فهو موضوع وكل مال اتلف بتاويل القرآن فهو موضوع وقوله ولا التزام لا عتقاد الاباحة يعني ان الباغي اعتقد اباحة اموال العادل بان العادل عصى الله ورسوله ولم يعمل بموجب الكتاب وقوله ولهما فيه اي لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله في قتل الباغي العادل وقوله فيعتبر التأويل الفاسد اي يعتبر التاويل الفاسد في دفع الحرمان وقوله لم يوجد الدافع اي التاويل الدافع للضمان وقوله وليس بيعه بالكوفة باعتبار ان البغاة خرجوا فيها اولا والا فالحكم في غيرها كذلک وقوله الا بالصنعة يريد به الحديد لانه انما يصير سلاحا بفعل غيره فلا ينسب اليه الا يرى انه يكره بيع المعازف قيل هي جمع معزف ضرب من الطنابير يتخذه اهل اليمن ولا يكره بيع الخشب لانه انما يصير معزفا بفعل غيره وقوله وعلى هذا بيع الخمر مع العنب اي لا يجوز بيع الخمر ويجوز بيع العنب والفرق لابي حنيفة رحمه الله بين كراهة بيع السلاح من اهل الفتنة وعدم كراهة بيع العصير ممن يتخذه خمرا سيأتي في باب الكراهة ان شاء الله تعالى *

كتاب اللقيط

لما كان في الالتقاط دفع الهلاک عن نفس الملتقط ذكره عقيب الجهاد الذي فيه دفع الهلاک عن نفس عامة المسلمين واللقيط اسم لشيء منبوذ فعيل بمعني مفعول كالجريح

وفى الشريعة اسم لحي مولود طرحه اهله خوفا من العيلة او فرارا من تهمة الزنية مضيعه آثم ومحرزه غانم لان فيه الاحياء وقد قال الله تعالى وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَى النَّاسَ جَمِيعًا فاذا كان بمعنى المفعول كان تسمية الشيء باسم مايؤل اليه لما انه يلتقط وهو حر اي في جميع احكامه حتى ان قاذفه يحد وقاذف امه لا يحد كذا في شرح الطحاوي رحمه الله وقوله لان الاصل في بني آدم الحرية لانهم من آدم وحوا عليهما السلام وهما حران والرق انما هو بعارض الكفر على ما تقدم والاصل عدم العارض ولان الحكم للغالب والغالب فيمن يسكن دار الاسلام الحرية وقوله هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما روي عن علي رضي الله عنه انه قال اللقيط حر وعقله وولاؤه للمسلمين وعن عمر رضي الله عنه مثله وقوله والخراج بالضمان اي له غنمه وعليه غرمه اي غلة العبد المعيب للمشتري قبل الرد لانه قبل الرد في ضمانه يقال خراج غلامه اذا اتفقا على ضريبة يؤديها اليه في وقت معلوم وقوله فيه اي في بيت المال ويقال برع الرجل وبرع بالضم اذا فضل على اقرانه ومنه يقال للمتفضل المتبرع وقوله الا ان يأمره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية في قوله ليكون دينا اشارة الى انه انما يصير دينا اذا قال ذلك ومن اصحابنا من قال مجرد امر القاضي بالانفاق عليه يكفي ولا يشترط ان يقول على ان يكون ذلك دينا عليه لان امر القاضي بالانفاق نافذ عليه كامره بنفسه ان لو كان من اهله ولو كان من اهله وامر غيره بالانفاق عليه كان ماينفق دينا عليه فكذا اذا امره القاضي والاصح ان لا يرجع مالم يقل القاضي ذلك لان مطلقه محتمل قد يكون للحث والترغيب في اتمام ماشرع فيه من التبرع وانما يزول هذا الاحتمال اذا شرط ان يكون دينا عليه وقوله ومعناه اذا لم يدع الملتقط نسبه يعني اذا ادعى الملتقط ورجل آخر فالملتقط اولى لانهما استويا فى الدعوى ولاحدهما يد فكان صاحب اليد اولى وقوله ثم قيل يصح في حقه اى في حق النسب وقيل يبتني عليه بطلان يده لان من ضرورة ثبوت النسب ان

ان يكون هو احق بحفظه ولده من غيره وقوله ولو ادعاه الملتقط اي لو ادعى الملتقط نسب اللقيط وقال هو ابني بعد ما قال انه لقيط قيل يصح قياسا واستحسانا لانه لم يبطل بدعواه حق احد ولا منازع له في ذلك والاصح انه على القياس والاستحسان اي على اختلاف حكم القياس مع حكم الاستحسان يعني في القياس لا يصح وفي الاستحسان يصح كما في دعوى غير الملتقط لكن وجه القياس ههنا غير وجه القياس في دعوى غير الملتقط وهو تضمنه ابطال حق الملتقط فلذلك لم تصح دعواه ووجه القياس في دعوى الملتقط هو تناقض كلامه لانه لما زعم انه لقيط كان نافيا نسبه لان ابنه لا يكون لقيطا في يده ثم ادعى انه ابنه فكان متناقضا وفي الاستحسان يصح دعوته لان هذا اقرار على نفسه من وجه حيث يلزمه نفقته ويجب عليه ان يحفظه فهو في هذا الاقرار يكسب له ما ينفعه وبالالتقاط يثبت له هذه الولاية وقوله انه مناقض قلنا نعم ولكن فيما طريقه الخفاء فقد يشتبه على الناس حال ولده الصغير ويظن انه لقيط ثم يتبين بعد ذلك انه ولده والتناقض لا يمنع ثبوت النسب كالملاعن اذا اكذب نفسه وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به اي يجب على الملتقط ان يدفع اللقيط الى الذي وصف علامة في جسده واصاب في وصفه لان الواصف اولى بذلك اللقيط فان قيل ما الفرق بين اللقيط واللقطة فان اللقطة اذا تنازع فيها اثنان ووصف احدهما واصاب ولم يصف الآخر فانه لا يقضى لصاحب الوصف بل اذا انفرد الواصف يحل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يلزم وههنا يلزم اجيب بان الفرق بينهما هو ان اصابة الواصف امر محتمل يحتمل انه اصاب لانه له ويحتمل انه صاب لانه رآه في يد غيره والمحتمل لا يصلح سببا للاستحقاق على الغير لكنه يصلح مرجحا لسبب الاستحقاق كاليد في دعوى النتاج اذا ثبت هذا فنقول في فصل اللقيط قد وجد ما هو سبب الاستحقاق وهو الدعوة لانها سبب الاستحقاق في حق اللقيط الا يرى انه لو انفرد بدعوى اللقيط قضي له به كما لو اقام البينة فيعتبر الوصف لترجح سبب

الاستحقاق واما في اللقطة فالدعوى ليست بسبب الاستحقاق حتى يترجح بالوصف فلو اعتبر الوصف اعتبر اصل الاستحقاق والوصف لا يصلح سببا له فافترقا قوله واذا وجد في مصر من امصار المسلمين على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقال في النهاية والمسئلة في الحاصل على اربعة اوجه احدها ان يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد ونحوه فيكون محكوما عليه بالاسلام والثاني ان يجده كافر في مكان اهل الكفر كالبيعة او الكنيسة فيكون محكوما عليه بالكفر لا يصلى عليه اذا مات والثالث ان يجده كافر في مكان المسلمين والرابع ان يجده مسلم في مكان الكافرين ففي هذين الفصلين اختلفت الرواية فيه ففي كتاب اللقيط يقول العبرة للمكان في الفصلين جميعا وفي رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله ان العبرة للواجد في الفصلين جميعا كذا في المبسوط قوله في بعض النسخ اي في بعض نسخ المبسوط قوله ومن ادعى ان اللقيط عبده ظاهر فان قيل البينة لا تقبل الا على خصم منكر ولا خصم ههنا لان الملتقط ليس بولي فلا يكون خصما عنه اجيب بان الخصم هو الملتقط باعتبار يده لانه يمنعه عنه ويزعم انه احق بحفظه فلا يتوصل المدعي الى استحقاق يده عليه الا باقامة البينة فان ادعي عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لان دعواه تضمنت شيئين النسب وهو نفع للصبي لانه يحصل له الشرف بثبوت النسب والرق وهو يضره فيثبت الاول دون الثاني لان الاول لا يستلزمه لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل له الحرية الظاهرة بالشك ويمكن ان يقرر بجعل كلامه دليلين على مطلوبين احدهما انه يثبت نسبه لانه ينفعه وكل ما ينفعه يثبت له والثاني انه حر لان المملوك قد تلد له الحرة فلا يكون عبدا وقد تلد له الامة فيكون عبدا والظاهر في بني آدم الحرية فلا تبطل بالشك **قوله** والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد اذا ادعى اللقيط الحر والعبد وهما خارجان او المسلم والذمي وهما خارجان دعوى مجردة فالحر اولى من العبد والمسلم اولى من الكافر الذمي فكذلك اذا اقاما البينة وليست احديهما

احدهما اكثر اثباتا حتى لوشهد للمسلم ذميان وللذمي مسلمان كان للمسلم لان بينة كل واحد منهما حجة في حق الآخر وليست احدهما اكثر اثباتا فكان المسلم اولى واما اذا كانت بينة الكافر اكثر اثباتا فلا يعتبر الترجيح بالاسلام فلو ادعى الذمي صبيا في يد رجل انه ابنه ولد على فراشه واقام على ذلك شاهدين مسلمين واقام عبد مسلم بينة انه ابنه ولد على فراشه من هذه الامة قضي بالصبي للذمي ولم يترجح العبد بالاسلام لان بينة الذمي اكثر اثباتا لانها تثبت النسب بجميع احكامه واما اذا كان النزاع بين الملتقط والخارج فالترجيح باليد لقوتها فان الملتقط اذا كان ذميا فهو اولى من المسلم الخارج واذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه او على دابة هو عليها فهو له وكذا الدابة اعتبارا للظاهر لان اللقيط في دار الاسلام لما كان حرا كان من اهل الملك فما كان معه فهو له ظاهرا لعدم اليد الثابتة عليه اصله القميص الذي عليه فان قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق فلو ثبت الملك للقيط بهذا الظاهر كان الظاهر حجة مثبتة وليس كذلك اجيب بان هذا الظاهر يدفع دعوى الغير وقوله ثم يصرفه الواجد اليه ظاهر وقوله والموجود في كل واحد منهما اي من الملتقط والام احدهما لان للملتقط رأيا كاملا ولا شفقة له وللام شفقة كاملة ولا رأي لها وقوله لانه من باب تثقيفه التثقيف تقويم المعوج بالثقاف وهو ما يسوى به الرماح ويستعار للتأديب والتهذيب وقوله وبخلاف الام لانها تملكه اي تملك اتلاف منافعه فانها تملك استخدام ولدها واجارته *

كتاب اللقطة

اللقيط واللقطة متقاربان لفظا ومعنى وخص اللقيط ببني آدم واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما وقدم الاول لشرف بني آدم اللقطة وهي الشيء الذي تجده ملقى فتأخذه امانة اذا اشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الآخذ على هذا الوجه ماذون

فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وقوله بل هو الافضل عند عامة العلماء احتراز عن قول من يقول انه اخذ مال الغير بغير اذن صاحبه وذلك حرام شرعا وعن قول من كان يقول اخذه جائز وتركه افضل لان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فاذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع وهو واجب اذا خاف الضياع على ما قالوا والحاصل ان اللقطة عند عامة العلماء على نوعين ما يكون اخذه واجبا وهو ما اذا خاف الضياع واستدل على ذلك بقوله تعالى وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ واذا كان وليا وجب عليه حفظ ماله وبان حرمة مال المسلم كحرمة ماله فاذا خاف على ماله الضياع وجب حفظه فكذلك اذا خاف على مال غيره وما لا يكون واجبا وهو ما اذا لم يخف الضياع فقيل رفعه مندوب اليه بقوله تعالى وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ولانه لو تركها لا يؤمن ان تصل اليها يد خائنة فتمنعها عن مالكها وقيل تركها افضل لما ذكرنا ان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه والاول ظاهر المذهب واذا كان كذلك اي اذا كان اخذها مأذونا فيه شرعا لا تكون مضمونة عليه كذا في بعض الشروح وهو لا يناسب قوله وكذا اذا تصادقا والظاهر ان معناه واذا اشهد الملتقط انه يأخذها الى آخره لا تكون مضمونة عليه لانه لم يأخذ لنفسه ويجوز ان يكون معناه واذا كانت امانة لا تكون مضمونة عليه وكذا اذا تصادق الملتقط والمالك انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما وصار كما اذا اقام الملتقط البينة على انه اخذها ليوصلها الى المالك ولو اقر الملتقط انه اخذها لنفسه ضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ اخذتها للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يضمن والقول قوله اما عدم الضمان فلان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية لان فعل المسلم محمول على ما يحل له شرعا والذي يحل له شرعا الاخذ للرد لا لنفسه فيحمل

فيحمل مطلق فعله عليه وهذا الدليل الشرعي قائم مقام الاشهاد عليه واما ان القول قوله فلان صاحبها يدعي عليه سبب الضمان و وجوب القيمة في ذمته وهو ينكره والقول قول المنكر مع يمينه كما لو ادعى الغصب عليه وقوله ولهما انه اقر بسبب الضمان ظاهر قيل هذا الاختلاف في الاشهاد فيما اذا امكنه ان يشهد اما اذا لم يجد احدا يشهد عليه عند الرفع او خاف انه لو اشهد عند الرفع ان يأخذ منه الظالم فترك الاشهاد لا يكون ضامنا بالاتفاق وان وجد من يشهده فلم يشهده حتى جاوزه ضمن لانه ترك الاشهاد مع القدرة عليه وقوله ويكفيه في الاشهاد ان يقول ظاهر وقوله وهذه رواية عن ابي حنيفة رحمه الله يشير الى انها ليست ظاهر الرواية فان الطحاوي رحمه الله قال واذا التقط لقطة فانه يعرفها سنة سواء كان الشيء نفيسا او خسيسا في ظاهر الرواية وقوله كانت مائة دينار تساوي الف درهم يريد به ما روى البخاري في الصحيح مسندا الى ابي بن كعب رضي الله عنه قال اخذت صرة مائة دينار فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها حولا فلم اجد من يعرفها ثم اتيته ثانيا فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته ثالثا قال احفظ وعاءها وعددها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وفيه نظر لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب واقول هذا الحديث يدل على ان التعريف يكون حولين وليس ذلك بشرط بالاجماع فيكون ساقط الدلالة على المراد وقوله وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير اشارة الى ما اختاره شمس الائمة السرخسي رحمه الله وقوله كالنواة وقشور الرمان يعني اذا كان في مواضع مختلفة فجمعها وصار بحكم الكثرة لها قيمة فانه يجوز له الانتفاع بها لان القيمة ظهرت بالاجتماع والاجتماع حصل بصنعه ولكنه لا يملكها حتى ان صاحبها اذا وجدها في يده بعد ما جمعها جاز ان يأخذها لان الالقاء متفرقا دليل على الاذن لا على التمليك لان التمليك من المجهول لا يصح وذكر في المحيط فاما اذا كانت مجتمعة

في موضع فلا يجوز الانتفاع بها لان صاحبها لما جمعها فالظاهر انه ما القاها **قوله** فان جاء صاحبها يعني ان جاء صاحبها بعد التعريف دفعها اليه ايصالا لعين حقه المستحق الدفع اليه والا اي وان لم يجئ فهو بالخيار ان شاء تصدق بها ايصالا لعوض المستحق وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها الى مستحقه وان شاء امسكها رجاء الظفر لصاحبها فان جاء صاحبها بعد ما تصدق بها الملتقط باذن الحاكم فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته فان قيل التوقف على الاجازة يقتضي قيام المحل عندنا كما في بيع الفضولي وليس بلازم حتى لو اجاز المالك بعد هلاكها صحت الاجازة اجاب بان الملك يثبت للفقير قبل الاجازة لان الملتقط لما كان مأذونا في التصدق شرعا ملك الفقير بنفس الاخذ لان التصدق من اسباب الملك فلم يتوقف ثبوت الملك على وجود المحل عند الاجازة فان قيل لو ثبت الملك للفقير قبل الاجازة لما ثبت للمالك حق الاخذ اذا كان قائما في يد الفقير اجيب بان ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالواهب يملك الرجوع بعد ثبوت الملك للموهوب له و كالمرتد اذا عاد من دار الحرب مسلما بعد ما قسمت امواله بين ورثته فانه يأخذ ما وجده قائما بعد ثبوت الملك لهم بخلاف بيع الفضولي فان الملك فيه للمشتري انما يثبت بعد اجازة المالك بيعه فلا بد من قيام المحل لئلا يلزم تمليك العين المعدومة وكما يشترط قيام المحل يشترط قيام البائع والمشتري والمالك ايضا وسيجيء تمامه في البيوع ان شاء الله تعالى وان شاء ضمن الملتقط وهو ظاهر فان قيل كيف يصح تضمينه وقد تصدق بها باذن الشرع اجاب بقوله الا انه اباحة من جهة الشرع يعني ان الاذن كان اباحة منه لا الزاما ومثل ذلك الاذن يسقط الاثم ولاينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين لما ذكره في الكتاب

في الكتاب وهو واصح وان كان العين قائمة اخذها لانه وجد عين ماله وحصله ن
المالك ان لم يجز الصدقة فلا يخلوا اما ان تكون اللقطة قائمة في يد الفقير وهالكة فان
كانت قائمة اخذها وان كانت هالكة فان شاء ضمن الملتقط وان شاء ضمن الفقير
وايهما ضمنه لا يرجع على صاحبه بشيء فان كلا منهما ضامن بفعله الملتقط بالتسليم
بغير اذن المالك والفقير بالتسلم بدونه لا يقال التعريف معروف من جهة الملتقط فيخرج
عليه لان التعريف اذا لم يكن في ضمن عقد لا يوجب شيئا وقوله ويجوز الالتقاط
في الشاة والبقر ظاهر سوى الفاظ نذكرها فقوله والاخذ اي اباحة الاخذ وفيه نظر
لان مخافة الضياع يوجب الاخذ لا ان يبيحه وقوله ولو كان معها اي مع اللقطة
ماتدفع به عن نفسها يعني ما يمكنها كالقرن في البقرة والشدة في البعير تعدد ...
وكذلك في الفرس وقوله فيقضي بالكراهة اي بكراهة الاخذ وقوله وفي هذا تسوية
الجانبين اي من جانب المالك بابقاء عين ماله ومن جانب الملتقط بالرجوع على
المالك بما انفق على اللقطة وقوله وان لم يظهر لها صاحب باعها قيل ...
اعطى القاضي من ذلك الثمن ما انفق بامره في اليومين والثلاثة ... صاحبها والنفقة دين واجب عليه وهو معلوم للقاضي فيعينه على اخذ حقه ... التعريف
اذا ظفر بجنس حقه كان له ان ياخذه فما للقاضي ان يعينه على ذلك وقوله وفي
الاصل شرط اقامة البينة يعني ان الملتقط يقيم البينة على انه هو لا يتهمه ...
فان قيل البينة انما تقام على المدعى عليه المنكر وليس بموجود ههنا اجيب بقوله ...
تقام للقضاء اي انما هذه لتبين للقاضي حال بانه لقطة والقضاء في المدعي عليه
وقوله وان قال لا بينة لي اي الملتقط ... بالقبيه ... لكتفي
لنظره يقول القاضي للملتقط انفق عليها ان كنت صادقا فيما قلت ...
... احد الضررين لانه ... لسقوط ...

تقدير الغصب ولو لم يأمر تصير الملتقط على تقدير اللقطة وقد انفق عليها وقوله اذا شرط القاضي الرجوع على المالك متصل بقوله انما يرجع اي انما يرجع الملتقط على المالك اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه هي الرواية التي ذكرناها في مسائل اللقيط بقوله والاصح ان يأمر القاضي الملتقط بالانفاق على ان يكون دينا على اللقيط فحينئذ يرجع على اللقيط والا فلا وهذا احتراز عن قول بعض اصحابنا رحمهم الله ان مجرد امر القاضي بالانفاق عليه يكفي للرجوع **قوله** واذا حضر يعني المالك كلامه ظاهر وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه يحيى بنفقته يقال نشدت الضالة اي عرفتها وانشدتها اي طلبتها ومعنى الحديث الذي ذكره الشافعي رحمه الله ولا تحل لقطتها اي مكة الا لمنشدها اي لطالبها وهو المالك عنده والمعرف عندنا العفاص الوعاء الذي يكون فيه اللقطة من جلد او خرقة او غير ذلك والوكاء الرباط يقال اوكى السقاء اذا شده بالوكاء وهو الرباط الذي يشد به وقوله ابقاء ملك المالك من وجه يعني من حيث تحصيل الثواب فيملكه كما في سائرها اي في سائر اللقطات وتاويل ما روي من قوله صلى الله عليه وسلم لا تحل لقطتها الا لمنشدها لا يحل التقاطها الا للتعريف فان قيل ما وجه تخصيص هذا المعنى بالحرم اجاب بقوله والتخصيص بالحرم وبيانه ان مكة شرفها الله تعالى لمكان الغرباء لان الناس يأتون اليها من كل فج عميق ثم يتفرقون بحيث يندر الرجوع لهم اليها فالظاهر انها للغرباء ولا يظن عودهم في سنة واكثر فينبغي ان يسقط التعريف لعدم الفائدة فازال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك الوهم فقال لا يحل رفع لقطتها الا لمعرفها كما هو الحكم في غيرها من البلاد وقوله لهما اي لمالك والشافعي رحمهما الله حاصله ان الملتقط منازع من وجه دون وجه فيكتفي في الحجة بذكر الوصف ولا يحتاج الى اقامة البينة ولنا ان اليد حق مقصود كالملك بدليل وجوب الضمان في غصب المدبر باعتبار ازالة اليد لانه غير قابل للنقل ملكا وقوله وهذا اي هذا الحديث الامر

الامر فيه وهو قوله فان فعها للاباحة اي وجب حمله على الاباحة لاجل العمل بالمشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر فانه لو لم يحمل على الاباحة وحمل على الوجوب لزم التعارض المستلزم للترك ولقائل ان يقول الحمل على الاباحة عملا بالمشهور يستلزم عدم جواز الدفع ايضا لان انتفاء الوجوب يستلزم انتفاء الجواز والجواب ان الشافعي رحمه الله لم يقل بانتفاء الجواز بانتفاء الوجوب والمصنف رحمه الله ههنا في مقام الدفع فجاز ان يدفعه على طريق يلتزمه الخصم وقوله بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده اي عند ابي حنيفة رحمه الله وانما ورد الضمير عليه وان لم يسبق له ذكر لشهرة حكم تلك المسئلة هذا اذا دفع اللقطة بذكر العلامة اما اذا دفعها باقامة الحاضر البينة على انها له ففي اخذ الكفيل عنه روايتان والصحيح انه لا يأخذ كفيلا وقوله وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر يعني فجاز ان يكون المالك هو الذي حضر فلما اقر الملتقط بانه هو المالك كان اقراره ملزما للدفع اليه واما المودع فانه مالك ظاهرا فبالاقرار بالوكالة لا يلزمه الدفع اليه لانه غير مالك بيقين ثم في الوديعة اذا دفع اليه بعد ما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وانكر الوكالة وضمن المودع ليس له ان يرجع على الوكيل بشيء وههنا للملتقط ان يرجع على القابض لان هناك في زعم المودع ان الوكيل عامل للمودع في قبضه له بامره وانه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه اياه ومن ظلم فليس له ان يظلم غيره وههنا في زعمه ان القابض عامل لنفسه وانه ضامن بعد ما ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع عليه بما ضمن لهذا كذا في المبسوط وقوله وكان من المياسير اي الاغنياء جمع الميسور ضد المعسور وقوله حملا له على رفعها اي ليكون حاملا اوباعثا على رفعها وقوله لاطلاق النصوص يريد به قوله تعالى وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وقوله

ولاتعتدوا وقوله فمن اعتدى عليكم وقوله والاباحة للفقير بما رويناه وهو قوله صلى الله عليه وسلم فليتصدق به وقوله والغني محمول على الاخذ جواب عن قوله لانه انما يباح للفقير حملا له على رفعها وقوله وانتفاع ابي جواب عن استدلاله بحديث ابي رضي الله عنه وقوله وهو جائز اي الانتفاع للغني جائز باذن الامام لانه في محل مجتهد فيه وقوله لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين يعني نظر الثواب للمالك ونظر الانتفاع للملتقط وقوله لما ذكرناه اشارة الى قوله لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين والله اعلم بالصواب *

كتاب الاباق

قال صاحب النهاية هذه الكتب اعني اللقيط واللقطة والاباق والمفقود كتب تجانس بعضها بعضا من حيث ان في كل منها عرضة الزوال والهلاك والاباق هو الهرب والآبق هو الهارب من مالكه قصدا والآبق اخذه افضل في حق من يقوي اي يقدر عليه لما فيه من احيائه اذ الآبق هالك في حق المولى فيكون الرد احياء له واما الضال وهو الذي لم يهتد الى طريق منزله من غير قصد فقد قيل انه كذلك وقد قيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه هذا اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله واما اختيار شمس الائمة الحلوائي فهو ان الراد بالخيار ان شاء حفظه بنفسه وان شاء دفعه الى الامام وكذلك الضال والضالة الواجد فيهما بالخيار وقوله ثم اذا دفع الآبق اليه يحبسه ظاهر وقوله ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب مادونها قال عمر رضي الله عنه في جعل الآبق دينارا واثنى عشر درهما وقال علي رضي الله عنه في جعل الآبق دينارا وعشرة دراهم وقال ابن مسعود رضي الله عنه اربعون درهما وقال عمار بن ياسر رضي الله عنه

عنه ان رده في المصر فله عشرة دراهم وان رده من خارج المصر استحق اربعين فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا اي جمعا بين الروايات المتعارضة فان قيل كان الواجب ان يوخذ باقل المقادير لتيقنه اجيب بانه لم يوخذ بالاقل لان التوفيق بين اقاويلهم ممكن بان يحمل قول من افتى بالاقل على ما اذا رده مما دون مسيرة سفر وقول من افتى بالاكثر على ما اذا رده من مسيرة سفر وهذا اولى لانه يعمل بكل منهما وقوله والتقدير بالسمع جواب عن قياس الآبق على الضال في عدم وجوب الجعل وفي قوله ولان الحاجة اشارة الى نفي الالحاق دلالة لانها تقتضي التساوي بين الاصل والملحق وليس بموجود وقوله ويقدر الرضخ تفصيل لقوله وان رده لاقل من ذلك فبحسابه فان عملوا بالقسمة كان لكل يوم ثلثة عشر درهما وثلث درهم قيل والاشبه التفويض الى رأي الامام وقوله والمدبر وام الولد في هذا اي في وجوب الجعل بمنزلة القن لانهما مملوكان للمولى وهو يستكسبهما بمنزلة القن وتعليل المصنف رحمه الله بقوله لما فيه من احياء ملكه اولى من تعليل غيره بقوله لما فيه من احياء المالية لان ام الولد لا مالية فيها عند ابي حنيفة رحمه الله وقوله لانهما يعتقان بالموت باطلاقه ظاهر في حق ام الولد وفي حق المدبر الذي لا سعاية عليه واما الذي عليه السعاية بان لم يكن للمولى مال سواه فكذلك لا يستوجب الجعل على الورثة لان المستسعى كالمكاتب عنده وحر مديون عندهما ولا جعل لراد المكاتب والحر وقوله ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو اي كل واحد منهما في عياله ظاهر ولم يذكر جواب ما اذا لم يكونا في عياله والقياس ان يستحق كل من ذي الرحم المحرم الجعل اذا لم يكن في عياله لكن استحسن فقيل اذا وجد عبد ابيه وليس في عياله فلا جعل له لان رد الآبق على ابيه من جملة الخدمة وخدمة الاب مستحقة عليه فلا جعل له على ذلك واما اذا وجد الاب عبد ابنه وليس في عياله فله الجعل لان خدمة الابن غير مستحقة على الاب وقوله فلاينتا ولهم اطلاق

قوله الكتاب اي القدوري وهوقوله ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلثة ايام
وان ابق من الذي رده اذا ابق الآبق من الذي اخذه ليرده فلاشيء عليه اي
لاضمان عليه لانه امانة في يده لكن اذا اشهد عند الاخذ وقد ذكرناه في اللقطة ان الاخذ
على هذا الوجه مأذون فيه شرعا قال المصنف رحمه الله وذكر في بعض النسخ اي نسخ
مختصر القدوري انه لاشيء له اي لاجعل للراد اذا ابق الآبق منه وهو صحيح ايضا لانه اي
الراد في معنى البائع من المالك لان عامة منافع العبد زالت بالاباق وانما يستفيده المولى
بالرد بمال يجب عليه والبائع اذا هلك في يده المبيع سقط الثمن فكذلك هٰهنا يسقط الجعل
واستوضح ذلك بما ذكره في الكتاب وهو واضح وكذا اذا مات في يده فلا شيء عليه لما قلنا
انه امانة عنده ولو اعتقه المولى اي اعتقه قبل ان يقبضه وقت لقائه صار قابضا بالاعتاق
فيجب عليه الجعل واشار بقوله بالاعتاق الى انه لودبره مكان الاعتاق لم يصر قابضا والفرق
بينهما ان الاعتاق اتلاف للمالية فيصير به قابضا كما لو اعتق المشتري العبد المشترى
قبل القبض واما التدبير فليس باتلاف للمالية فلا يصير به المولى قابضا الا ان يصل الى
يده وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له وهذا بخلاف الهبة فان المولى لا يصير بها
قابضا قبل الوصول الى يده لان في الهبة قبل القبض لم يصل العبد الى يد المولى
ولا يدله فلا يكون لها حكم القبض وقوله والرد وان كان له حكم البيع جواب عما يقال قد
قلتم من قبل ان الراد في معنى البائع من المالك ثم جوزتم بيع المالك من الراد قبل
ان يقبضه فيجب ان لا يجوز لدخوله تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض وتقرير الجواب
ان النهي عن ذلك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والرد ليس ببيع كامل بل
هو بيع من وجه من حيث اعادة ملك التصرف اليه فقط لان ملك الرقبة لا يزول عن المولى
بالاباق فلا يكون داخلا تحت النهي فيكون جائزا وقوله وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه
اخذه ليرده ظاهر وقوله فان كان الآبق رهنا سيأتي الكلام فيه في الرهن ان شاء الله تعالى وقوله

وقوله والجعل بمقابلة احياء المالية فيه نظر لانه يلزمه اذارد ام الولد وما ثم احياء المالية عند ابي حنيفة رحمه الله واجيب بانه لا مالية فيها باعتبار الرقبة ولها مالية باعتبار كسبها لانه احق بكسبها وقد احيى الراد ذلك برده وقوله وان كان مديونا اي العبد الآبق ان كان مديونا بان كان مأذونا له فلحقه الدين في التجارة او استهلك مال الغير واقر به مولاه وقوله كالموقوف يعني بين ان يستقر على المولى متى اختار قضاء الدين وبين ان يصير للغرماء اذا اختار البيع ولما توقف الملك في العبد توقف مؤنة الملك وهو الجعل وقوله وان كان اي الآبق موهوبا فالجعل على الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد وانما ذكر ان الوصلة هذه لدفع شبهة ترد على ما ذكر قبله بقوله فيجب على من يستقر الملك له وبقوله فعلى المولى ان اختار الفداء فعلى كلا التقديرين كان ينبغي ان يجعل الجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين في حقه ووجه الدفع ان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد اي برد الآبق بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذي يمنع الواهب عن الرجوع في هبته فلا يجب الجعل على الواهب لذلك فان قيل المنفعة حصلت للواهب بالمجموع وهو ترك الموهوب له لفعل ورد الراد اجيب بان الامر كذلك لكن ترك الموهوب له الفعل آخرهما وجودا فيضاف الحكم اليه كما في القرابة مع الملك يضاف العتق الى آخرهما وجودا كذا هذا وقوله وان كان لصبي الى آخره ظاهر

كتاب المفقود

قد تقدم وجه مناسبة ذكر هذا الكتاب ههنا والمفقود مشتق من الفقد وهو في اللغة من الاضداد يقال فقدت الشيء اي ضللته وفقدته اي طلبته وكلا المعنيين متحقق في المفقود فقد ضل عن اهله وهم في طلبه وذكر في الكتاب ما يدل على مفهومه

الشرعي وهو **قوله** اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم احي هو ام ميت وقوله نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه اشارة الى بيان حكمه في الشرع وكلامه واضح وقوله ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل بان كان الشئ مشتركا بين المفقود وغيره وقوله وانه اي الوكيل من جهة القاضي لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين فانه عند ابي حنيفة رحمه الله يملك الخصومة وعندهما لا يملكها واذا كان كذلك يعني ان وكيل القاضي لما لم يملك الخصومة كان حكم القاضي بتنفيذ الخصومة قضاء بالدين للغائب والقضاء على الغائب وللغائب لا يجوز لان القضاء لقطع الخصومة والخصومة من الغائب غير متصورة الا اذا رآه القاضي اي جعل ذلك رأياله وحكم به فحينئذ يجوز لان القضاء اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي ان يتوقف نفاذه على امضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدودا في قذف اجيب بان المجتهد فيه سبب القضاء وهو ان البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر اولا فاذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف وقوله ثم ما كان يخاف عليه الفساد مثل الثمار ونحوها يبيعه القاضي ظاهر وقوله ومن الثاني الاخ والاخت انما كان من الثاني لانها نفقة ذي الرحم المحرم وهي مجتهد فيه فلا يجب الا بالقضاء او الرضى ولهذا لم يكن لهم الاخذ بدون القضاء او الرضاء وقوله فاذا لم يكن ذلك يعني الملبوس والمطعوم في ماله وقوله وهذا اي الذي ذكرنا من انفاق القاضي عليهم من الدراهم والدنانير اذا كانت في يد القاضي وقوله وهذا اي الاحتياج الى الاقرار انما هو اذا لم يكونا اي الدين والوديعة والنكاح والنسب جعل الدين والوديعة شيئا واحدا والنكاح والنسب كذلك فلذلك ذكرهما بلفظ التثنية وقوله هذا هو الصحيح احتراز عن جواب القياس وهو قول زفر رح انه لا ينفق

انه لا ينفق منها عليهم بالاقرار لان اقرار المودع ليس بحجة على الغائب وهو ليس بخصم عن الغائب ولا يقضي على الغائب اذا لم يكن عنه خصم حاضر ولكنا نقول المودع مقر بان ما في يده ملك للغائب وان للزوجة والولد حق الانفاق منه واقرار الانسان فيما في يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود وقوله لان القاضي نائب عنه اعترض عليه بان القاضي نائب عن الغائب في القبض للحفظ ولا حفظ في القبض للانفاق على هؤلاء فلا يكون نائبا واجيب بان القاضي نائب عنه في ايفاء ما عليه من الحقوق كما هو نائب عنه في الحفظ ولهذا جاز له ان يوفي ما عليه من الدين اذا علم بوجوبه بخلاف المودع فانه نائب عنه في الحفظ فقط فان قلت اذا دفع المودع بغير امر القاضي وجب ان لا يضمن لانه دفعها الى من في عيال المودع ولا ضمان عليه في ذلك اجيب بان الدفع اليهم لا يوجبه اذا كان للحفظ والدفع للانفاق دفع للاتلاف وقوله لان ما يدعيه على الغائب معناه ان الخصومة لا تسمع الا من المالك او نائبه والمالك غائب ولا نائب له حقيقة لانه لم يوكله وهو ظاهر ولا حكما لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود ولا يكون النائب حكما الا في مثل ذلك وسيجيء تمامه في كتاب القضاء ان شاء الله تعالى **قوله** ولا يفرق بينه وبين امراته كلامه واضح وقصة من استهوته الجن اي جرته الى المهاوي وهي المهالك ما روى عبد الرحمن بن ابي ليلى قال انا لقيت المفقود فحدثني حديثه قال اكلت خنزيرا في اهلي ثم خرجت فأخذني نفر من الجن فمكثت فيهم ثم بدا لهم في عتقي فاعتقوني ثم اتوا بي قريبا من المدينة فقالوا اتعرف النخيل فقلت نعم فخلوا عني فجئت فاذا عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد ابان امرأتي بعد اربع سنين وحاضت وانقضت عدتها وتزوجت فخيرني عمر رضي الله عنه بين ان يردها علي وبين المهر قال مالك رحمه الله وهذا

مما لايدرك بالقياس فيحمل على المسموع من رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة والجامع بينهما منع الزوج حق المرأة ودفع الضرر عنها فان العنين يفرق بينه وبين امرأته بعد مضي سنة لدفع الضرر عنها وبين المولي وامرأته بعد اربعة اشهر لدفع الضرر عنها ولكن عذر المفقود اظهر من عذر المولي والعنين فيعتبر في حقه مدتان في التربص بان يجعل السنون مكان الشهور فيتربص باربع سنين عملا بالشبهين وقوله ولنا ظاهر وحاصله ان البيان في الحديث المرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم مجمل وقوله وقول علي رضي الله عنه خرج لبيان ذلك المبهم وقوله وعمر رضي الله عنه رجع الى قول علي رضي الله عنه رواه ابن ابي ليلى رحمه الله عنه وقوله ولا معتبر بالايلاء جواب عن قياس مالك رحمه الله صورة النزاع على الايلاء وهو ظاهر فان الايلاء اذا كان طلاقا كان مزيلا للملك بخلاف المفقود فانه لم يظهر منه طلاق لا معجل ولا موجل وقوله ولا بالعنة جواب عن القياس بالعنة وتقريره ان العنة بعد ما استمرت سنة كانت طبيعة والطبيعة لا تنحل ففات حقها على التأبيد فيفرق بينهما بعد سنة دفعا للضرر عنها بخلاف امرأة المفقود فان حقها مرجوء قبل مضي اربع سنين وبعده **قوله** واذا تم له مائة وعشرون سنة اختلفت روايات اصحابنا رحمهم الله في مدة المفقود فروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انها مائة وعشرون سنة من يوم ولد فاذا مضت هذه المدة حكمنا بموته قيل وهذا يرجع الى قول اهل الطبائع والنجوم فانهم يقولون لا يجوز ان يعيش احد اكثر من هذه المدة وفي ظاهر الرواية يقدر بموت الاقران فانه اذا لم يبق احد من اقرانه حيا حكم بموته لان ما تقع الحاجة الى معرفته طريقه في الشرع الرجوع الى امثاله كقيم المتلفات ومهر المثل للنساء وبقاؤه بعد موت جميع اقرانه نادر وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر دون النادر وهل يعتبر باقرانه في جميع الدنيا

الدنيا اوفى الاقليم الذي هو فيه وقد ذكرناه في شرح الفرائض السراجية وفى المروي عن ابي يوسف رحمه الله بمائة سنة لان الظاهر انه لا يعيش احد في زماننا اكثر من مائة سنة وقد ربعضهم بتسعين سنة لانه متوسط ليس بغالب ولا نادر والاقيس وهو افعل التفضيل للمفعول وهو المقيس على طريق الشذوذ كقولهم اشغل من ذات النحيين ان لا يقدر بشيء من المقدرات كالمائة والتسعين ولكنه يقدر بموت الاقران لانه لو لم يقدر بشيء اصلا لتعطل حكم المفقود والارفق ان يقدر بتسعين لانه اقل ماذكر فيه من المقادير وقوله واذا حكم بموته ظاهر وكذلك لو اوصي للمفقود ومات الموصي اي لا تصح الوصية بل توقف وذكر في الذخيرة اذا اوصى رجل للمفقود بشيء فاني لا اقضي بها ولا ابطلها حتى يظهر حال المفقود لان الوصية اخت الميراث وفي الميراث تحبس حصة المفقود الى ان يظهر حاله فكذلك في الوصية والاصل المذكور في الكتاب ظاهر وقوله وتصادقوا اي الورثة المذكورون والاجنبي وانما قيد بالتصادق لان الاجنبي الذي في يده المال اذا قال قد مات المفقود قبل ابيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى البنتين لان اقرار ذي اليد فيما في يده معتبر وقد اقر بان ثلثي ما في يده لهما فيجبر على تسليم ذلك اليهما وقول اولاد الابن ابونا مفقود لا يمنع اقرار ذي اليد لانهم لا يدعون لانفسهم شيئا بهذا القول ويوقف الباقي على يد ذي اليد حتى يظهر مستحقه هذا اذا اقر من في يده المال اما لو جحد ان يكون المال في يده للميت فاقامت البنتان البينة ان اباهم مات وترك هذا المال ميراثا لهما ولاخيهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما فانه يدفع الى البنتين النصف لانهما بهذه البينة تثبتان الملك لابيهما في هذا المال والاب ميت وواحد الورثة ينتصب خصما عن الميت في اثبات الملك له بالبينة واذا ثبت ذلك يدفع اليهما المتيقن وهو النصف ويوقف النصف الباقي على يدي عدل لان الذي في يده جحد فهو

غير موتمن عليه وانما قيد بقوله والمال في يد اجنبي لانه اذا كان في يد الابنتين والمسئلة بحالها فان القاضي لا ينبغي له ان يحول المال من موضعه ولا يقف منه شيئا للمفقود ومراده بهذا اللفظ ان لا يخرج شيئا من ايديهما لان النصف صار بينهما بيقين والنصف الباقي للمفقود من وجه ويريد بقوله ولا يقف منه شيئا للمفقود ان لا يجعل شيئا مما في يد الابنتين ملكا للمفقود على الحقيقة وكذلك لو كان المال في يدي ولدي الابن المفقود فتطلب البنتان ميراثهما واتفقوا ان الابن مفقود فانه يعطى البنتان النصف وهو ادنى ما يصيبهما ويترك الباقي في يدي ولدي الابن المفقود من غير ان يقضي به لهما ولا لابيهما لانا لو قدرنا الابن المفقود ميتا كان نصيبهما ثلثين فكان النصف متيقنا به وقوله ونظير هذا يعني المفقود الحمل في حق وقف النصف فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى وقد ذكرناه في الرسالة وشرحها وشرح الفرائض السراجية في علم الفرائض وقوله ولو كان معه اي مع الحمل وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه كما اذا ترك امرأة حاملا وجدة فان للجدة السدس لانه لا يتغير فرضيتها بالحمل وكذلك اذا ترك ابنا وامرأة حاملا فان المرأة تعطى الثمن لانه لا يتغير فريضتها وان كان مما يسقط بالحمل لا يعطى كابن الابن والاخ والعم فانه لو ترك امرأة حاملا واخا وعما لا يعطى الاخ والعم شيئا لان من الجائز ان يكون الحمل ابنا فيسقط معه الاخ والعم فلما كان مما يسقط بحال كان اصل الاستحقاق له مشكوكا فلا يعطى شيئا لذلك وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل المتيقن به كالزوجة والام فانه ان كان الحمل حيا ترث الزوجة الثمن والام السدس وان لم يكن حيا فهما يرثان الربع والثلث فيعطيان الثمن والسدس المتيقن كما في المفقود يعنى انه اذا مات الرجل وترك جدة وابنا مفقودا فللجدة السدس كما ذكرنا في الحمل لانه لا يتغير نصيبها وكذلك لو ترك اخا وابنا مفقودا لا يعطى الاخ شيئا وكذلك لو ترك اما وابنا مفقودا فانه ان كان المفقود حيا تستحق الام السدس وان كان ميتا تستحق الثلث كما في الحمل * كتاب

كتاب الشركة

مناسبة ترتيب الابواب المارة انساقت الى ههنا على الوجوه المذكورة ولما كان للشركة مناسبة خاصة بالمفقود من حيث ان نصيب المفقود من مال مورثه مختلط بنصيب غيره كاختلاط المالين فى الشركة ذكرها عقيبه وهي عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف احد النصيبين من الآخر ثم سمى العقد الخاص بها وان لم يوجد اختلاط النصيبين لان العقد سبب له والشركة جائزة لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه وتعاملها الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وهي على ضربين شركة املاك وشركة عقود وكلامه ظاهر وقوله خلطا يمنع التمييز رأسا كخلط الحنطة بالحنطة اولا بحرج كخلطها بالشعير وقوله وانه لا يجوز يعنى البيع من الاجنبي الا باذن شريكه وقوله وقد بينا الفرق في كفاية المنتهي قيل الفرق ان خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب لزوال الملك من المخلوط الى الخالط فاذا حصل بغير تعد كان سبب الزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زائلا الى الشريك في حق البيع من الاجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك كانه يبيع ملك نفسه عملا بالشبهين وقوله قابلا للوكالة احتراز عن الشركة فى التكدي والاحتشاش والاحتطاب والاصطياد فان الملك في هذه الصور يقع لمن باشر سببه خاصة لا على وجه الاشتراك اي شركة العقود كلها متضمنة لعقد الوكالة ثم شركة المفاوضة من بينها مخصوصة بتضمن عقد الكفالة ثم علل تضمن هذه العقود الوكالة بقوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه اي من عقد الشركة وشرح هذا ان هذه العقود انما

تضمنت الوكالة لان من حكم الشركة ثبوت الاشتراك فی المستفاد بالتجارة ولا يصير المستفاد بالتجارة مشتركا بينهما الا وان يكون كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه فی النصف وفی النصف عاملا لنفسه حتى يصير المستفاد مشتركا بينهما فصار كل واحد وكيلا عن صاحبه بمقتضی عقد الشركة وقوله ثم هي على اربعة اوجه ذكر في وجه الحصر على ذلك ان الشريكين اما ان يذكرا المال فی العقد اولا فان ذكرا فاما ان يلزم اشتراط المساواة في ذلك المال في رأسه وربحه اولا فان لزم فهي المفاوضة والا فالعنان وان لم يذكراه فاما ان يلزم اشتراط العمل فيما بينهما في مال الغير اولا فالاول الصنائع والثاني الوجوه ومعنى البيت لا تصلح امور الناس حال كونهم متساويين اذا لم يكن لهم امراء وسادات فانهم اذا كانوا متساويين يتحقق المنازعة بينهم والسراة جمع السري وهو جمع عزيز لا يعرف غيره وقيل هو اسم جمع للسري فقوله فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء اما ابتداء فظاهر بناء على ما ذكر من مأخذ اشتقاقه واما انتهاء فلان المفاوضة من العقود الجائزة فان لكل واحد منهما ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء وفي ابتداء المفاوضة تشترط المساواة فكذا فی الانتهاء وقوله وذلك اي تحقق المساواة فی المال والمراد به ما يصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح الشركة كالعروض والديون والعقار حتى لو كان لاحدهما عروض او ديون على الناس لا تبطل المفاوضة ما لم يقبض الديون وقوله وكل ذلك بانفراده فاسد اي كل من الوكالة والكفالة فی المجهول فاسد حتى لو وكل به رجلا وقال وكلتك بالشراء او بشرى الثوب كان فاسدا وكذا الكفالة للمجهول بالمعلوم باطل فالكفالة للمجهول بالمجهول اولى بالبطلان فان قيل الوكالة العامة جائزة كما اذا قال وكلتك في مالي اصنع ما شئت فانه يجوز له ان يتصرف في ماله اجيب بان العموم ليس بمراد ههنا فانه لا يثبت الوكالة فی حق شری الطعام والكسوة لاهله فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز وقوله والجهالة متحملة تبعا كما فی

فى المضاربة يعني الوكالة بمجهول الجنس موجودة فى المضاربة وهي جائزة هناك تبعافكذلك ههنا الا ترى ان شركة العنان تصح وان تضمنت ذلك لان مايشتريه كل واحد منهما غير مسمى عند العقد فكذلك المفاوضة وقوله لان المعتبرهوالمعنى دون اللفظ توضيحه ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ضمان الاصيل كفالة وقوله لماقلنا اشارة الى قوله لتحقق التساوي اي في كونهما ذميين وقوله ولا تجوز اي المفاوضة بين الحروبين المملوك ظاهر واعترض على قوله ولهما انه لاتساوي فى التصرف بان المفاوضة تصح بين الكتابي والمجوسي مع انهما لايتساويان فى التصرف فان المجوسي يتصرف فى الموقوذة لاعتقاده المالية فيها والكتابي لايتصرف فيها وكذلك الكتابي يواجر نفسه للذبح دون المجوسي لان ذبيحته لاتحل وكذلك تصح بين الحنفي والشافعي مع وجود التفاوت بينهما كما قال ابويوسف رحمه الله واجيب بان عدم المساواة مبطل للعقد لامحالة والتفاوت فى الموقوذة لم يعتبر لان من يجعل الموقوذة مالامتقوما لايفصل فيه بين الكتابي والمجوسي فيتحقق المساواة واماموا جرة نفسه للذبح فان المساواة بينهما ثابتة في ذلك معنى لان كل واحد من الكتابي والمجوسي من اهل ان يتقبل ذلك العمل على ان يقيمه بنفسه اوبنائبه واجارة المجوسي للذبح جائزة صحيحة يستوجب بها الاجروان كان لاتحل ذبيحته واما مسئلة الحنفي و الشافعي فان المساواة بينهما ثابتة لان الادلة قامت على ان متروك التسمية عامدا ليس بمال متقوم ولا يجوز التصرف فيه للحنفي و الشافعي جميعا لثبوت ولاية الالزام بالمحاجة فيتحقق المساواة بينهما فى المال والتصرف وقوله ولا بين الصبيين يعني وان اذن لهما ابوهما لان مبنى المفاوضة على الكفالة وهما ليسا من اهل ذلك وكذلك المكاتبان وقوله اذهواى العنان قديكون خاصا وقديكون عاما في انواع التجارة وقديكون في نوع خاص منها والمفاوضة عامة فيها فجازان يذكرلفظ المفاوضة ويراد معنى العنان كمايجوز اثبات

معنى الخصوص بلفظ العموم **قوله** وتنعقد على الوكالة والكفالة اي وتنعقد شركة المفاوضة على الوكالة كعامة الشركات لتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه يعني قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا وعلى الكفالة على معنى ان يطالب كل واحد من شريكي المفاوضة بما باشره الآخر واليه اشار بقوله لتحقق المساواة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا وقوله لان مقتضى العقد تعليل المستثنى منه وهو قوله يكون على الشركة وقوله لما بينا اشارة الى هذا التعليل **قوله** وللبائع اي ولبائع الطعام والكسوة وقوله فمما يصح الاشتراك فيه البيع والشراء والاستيجار اما صورة الشراء والبيع فظاهرة واما صورة الاستيجار فهي ان يستاجر احد المتفاوضين اجيرا في تجارتهما او دابة او شيئا من الاشياء فللموجر ان ياخذ بالاجر ايهما شاء لان الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه لما يلزمه بالتجارة وكذلك ان استاجره لحاجة نفسه او استاجر بعيرا الى مكة ليحج عليها فللمكاري ان يأخذ ايهما شاء الا ان شريكه اذا ادى من خالص ماله رجع به عليه لانه ادى ما كفل عنه بامره وان ادى من مال الشركة يرجع عليه بنصيبه من المودى واما في شركة العنان فلا يواخذ به غير الذي استاجره لانه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه ومن القسم الآخر الجناية على بني آدم والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة فلو ادعى رجل على احد المتفاوضين جراحة خطأ لها ارش مقدر واستحلفه فحلف ثم اراد ان يستحلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومة له مع شريكه لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما لزمه بسبب التجارة فاما ما يلزمه بسبب الجناية فلا يكون الآخر كفيلا به الا ترى انه لو ثبت بالبينة او بمعاينة السبب لم يكن على الشريك من موجبها شيء ولا خصومة للمجني عليه معه وكذا المهر والخلع والصلح عن جناية العمد والنفقة اذا ادعاه على احدهما وحلفه عليه ليس له ان يحلف الآخر لما بينا وصورة الخلع ما اذا كانت المرأة عقدت عقد المفاوضة ثم خالعت مع زوجها فما لزم عليها من بدل الخلع لا يلزم لشريكها وكذلك

وكذلك لواقرت ببدل الخلع لا يلزم على شريكها ومن هذا تبين صورة غيره وقوله ولو كفل احدهما ظاهر وقوله ولوصدر يعني عقد الكفالة وانما قيد بحال المرض لان المريض لواقر بالكفالة السابقة في حال الصحة يعتبر ذلك من جميع المال بالاجماع لان الاقرار بها يلافي حال بقائها وفي حال البقاء الكفالة معاوضة وقوله فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة يعني وحاجتنا ههنا الى البقاء اذ المطالبة تتوجه بعد الكفالة لانها حكمها فلما لزم المال على الشريك الضامن لزم على الآخر وهذا هو حالة البقاء بخلاف الصبي وغيره لان كلامنا ثمّ في الابتداء بانه هل يلزمه اولا فاعتبرنا جهة التبرع فيه ولم نعتبر ههنا لان الابتداء ثم محتاج اليه ولا كذلك ههنا لصحة الابتداء لكون الضامن من اهل الضمان دون الصبي وقوله لم تصح ممن ذكره يريد به الصبي والعبد الماذون الخ واما الاقراض فعن ابي حنيفة رحمه الله يعني ان فيه روايتين قال في المبسوط يعني ان اقرض احد المتفاوضين يلزم لشريكه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه معاوضة وعندهما لا يلزم لشريكه لانه تبرع وقوله ولو سلم فهو اعارة اي ولئن سلمنا ان اقراض احد المتفاوضين لا يلزم صاحبه فانما لا يلزم لان الاقراض اعارة لا معاوضة بدليل جوازه اذ لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية فعلم بهذا ان ما يأخذه المقرض بعد الاقراض له حكم عين ما اقرضه لا حكم بدله كما في الاعارة الحقيقية وقوله حتى لا يصح فيه الاجل اي لا يلزم لان تاجيل الاقراض والعارية جائز ولكن لا يلزم المضي على ذلك التأجيل وقوله ولو كانت الكفالة بغير امره متصل بقوله اذا كانت الكفالة بامره وقوله في الصحيح اشارة الى نفي ما ذهب اليه عامة المشائخ في شرح الجامع الصغير من عدم التفرقة بين ما اذا كانت بامره او بغير امره لاطلاق جواب الجامع الصغير والمصنف رحمه الله تابع ما ذهب اليه الفقيه ابو الليث رحمه الله في شرح الجامع الصغير من التفرقة بينهما واجاب عن اطلاق جواب الكتاب اي الجامع

الصغير بانه محمول على المقيد وهو الكفالة بالامر لانه حينئذ يكون معاوضة انتهاء والا فهو تبرع ابتداء وانتهاء فلا يلزم شريكه وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة رحمه الله يعني في انه يلزم شريكه وعند محمد رحمه الله ضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة في انه يلزمه ايضا وعن ابي يوسف رحمه الله في غير رواية الاصول انه لا يلزم الشريك وتلميح تحرير المذاهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما اعترض به على المصنف رحمه الله في قوله بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة رحمه الله بان محمدا رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله في لزوم ضمان الغصب والاستهلاك الشريك فلا يكون لتخصيص ابي حنيفة رحمه الله ولا لقوله بمنزلة الكفالة وجه ووجه قول ابي يوسف رحمه الله ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان وجب بسبب ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولهما ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة لانه بدل مال محتمل للشركة فانه يجب باصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان وكذلك يصح اقرار المأذون به ويواخذ به في الحال وكذلك يصح اقرار الصبي والمأذون له والمكاتب به ولو لم يكن ضمان تجارة لما صح وذلك معني قوله لانه معاوضة انتهاء **قوله** وان ورث احدهما مالا بالتنوين اي المال الذي يصح فيه الشركة كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة بطلت المفاوضة لما ذكر في الكتاب وقوله فان المساواة ليست بشرط فيه اي في العنان ابتداء فكل ما ليس بشرط فيه ابتداء ليس بشرط فيه دواما لان لدوامه حكم الابتداء لكونه عقد غير لازم فان احد الشريكين اذا امتنع عن المضي على موجب العقد لا يجبره القاضي على ذلك وتامل في كلام المصنف رحمه الله تامل عالم بالتحقيق تدارك سقوط ما اعترض عليه بان عقد الاجارة عقد لازم ومع هذا فلدوامه حكم الابتداء حتى انها لا يبقى بموت احد المتعاقدين فحينئذ كيف يصح التعليل لعدم

لعدم اللزوم لاثبات مدعاه وهو ان يكون لدوامه حكم الابتداء وذلك لانا قد قلنا كل ماهو عقد غيرلازم فلدوامه حكم الابتداء وهذا ثابت بالاستقراء وتضم هذه المقدمة الى قولنا ما نحن فيه من الشركة عقد غيرلازم فيحصل لنا ما نحن فيه من القول بان كل ماهو عقد غيرلازم يكون لدوامه حكم الابتداء واما ان يكون بعض العقود اللازمة ايضا لدوامه حكم الابتداء بدليل فلا يضر في مطلوبنا لان الموجبة الكلية لا تنعكس كنفسها وان ورث احدهما عرضا فهوله ولا تفسد المفاوضة لما ذكر في الكتاب ولان هذه المفاضلة لا تمنع ابتداء فكذا لا تفسد بقاء

فصل

* لما كان البحث عما ينعقد به شركة المفاوضة غير البحث عنها فصل عما قبله في فصل على حدة وقال ولا تنعقد الشركة اي شركة المفاوضة لان الكلام فيها اذا ذكر فيها المال الا بالدراهم والدنانير وانما قيدنا بقولنا اذا ذكر فيها المال لان ذكر المال ليس بحتم فيها فان المفاوضة تجوز في شركة الوجوه والتقبل ولا يشترط فيها المال وكلامه واضح غيران في ذكر خلاف مالك رحمه الله نظرا لما تقدم من قوله وقال مالك رحمه الله لا اعرف ما المفاوضة الا اذا ثبت عنه روايتان او يكون تفريعا على قول من يقول بها صنيع ابي حنيفة رحمه الله في المزارعة ثم قوله لانها عقدت يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون تقتضي جوازها وان كان الجنس مختلفا ولم يقل به وقوله بخلاف المضاربة يعني ان المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير لان القياس يأبى جوازها لما فيها من ربح ما لم يضمن فان المال غير مضمون على المضارب فكان ما حصل من الربح ربح مال غير مضمون على المضارب فلا يستحقه رب المال لانه لم يعمل في ذلك الربح فلا يصح الا فيما ورد الشرع به وهو الدراهم والدنانير واما في الشركة فان كل واحد من الشريكين يعمل

في ذلك المال فتستوي فيه العروض والنقود كما لو عمل كل واحد منهما في مال نفسه من غير شركة فيصح وقوله ولذا انه ان يؤدي الى ربح مالم يضمن وبيان ذلك ان الرجلين اذا عقدا الشركة في العروض ثم باع احدهما رأس ماله باضعاف قيمته وباع الآخر بمثل قيمته وصحت الشركة كانا شريكين في الربح الذي حصل في بيع احدهما فحينئذ يأخذ الذي باع رأس ماله بمثل قيمته من مال صاحبه فيكون ذلك المال ربح مالم يضمن وذلك لا يجوز بخلاف الدراهم والدنانير لان ما يشتري كل واحد منهما برأس المال لا يتعلق به البيع بل يثبت وجوب الثمن في الذمة اذ الاثمان لا تتعين بالتعيين فلما كان الثمن واجبا عليهما في ذمتهما كان المثمن والربح الحاصل منه بينهما ضرورة فكان الربح ربح ما ضمن ومعنى قوله وتفاضل الثمنان اي فضل احدهما على الآخر كما ذكرنا واما تفاضلهما معا فمحال وقوله ولان اول التصرف في العروض دليل آخر وقد قرره في النهاية على وجه يجره الى ربح مالم يضمن وذلك لانه قال لان صحة الشركة باعتبار الوكالة ففي كل موضع لا تجوز الوكالة بتلك الصفة لا تجوز الشركة ومعنى هذا ان الوكيل بالبيع يكون امينا فاذا شرط له جزء من الربح كان هذا ربح مالم يضمن فاما الوكيل بالشراء فهو ضامن للثمن في ذمته فاذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما قد ضمن وقوله قالوا هذا اي جواز الشركة بالفلوس النافقة قول محمد رحمه الله وقيد باعيانهما ليظهر ثمرة الاختلاف فانه لو باع فلسين لواحد من الفلوس نسيئة لا يجوز بالاجماع المركب اما عندهما فلوجود النسيئة في الجنس الواحد واما عند محمد رحمه الله فلهذا ولمعنى الثمنية واما اذا كانت باعيانهما فعندهما يجوز وعند محمد رحمه الله لا يجوز وسيجيء تمام البحث فيه في كتاب البيوع ان شاء الله تعالى وقوله والاول يعني كون ابي يوسف رحمه الله مع ابيحنيفة رحمه الله اقيس لانهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفسلين بعينهما كانا متفقين ايضا في عدم جواز الشركة بالفلوس وان كانت نافقة لان هذه المسئلة مبنية على

على تلك المسئلة لانه لما جاز بيع الواحد بالاثنين فى الفلوس عندهما كان للفلوس حكم العروض والعروض لا تصلح رأس مال الشركة وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يصح المضاربة بها اي بالفلوس النافقة **قوله** ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك كلامه واضح والمراد بقوله فى الكتاب مختصر القدوري وقوله تصلح رأس المال فيهما اي فى الشركة والمضاربة وقوله وهذا لما عرف اشارة الى ان النقرة لا تتعين بالتعيين لانهما اي الذهب والفضة وقوله الا ان الاول يعني رواية الجامع الصغير اصح وجعل ذلك فى المبسوط ظاهر الرواية وقوله لانها اي لان مثاقيل الذهب والفضة وقوله الا ان يجرى التعامل استثناء من قوله الا ان الاول اصح يعني ان عدم جواز الشركة بمثاقيل الذهب والفضة اصح الا عند جريان التعامل باستعمالها فحينئذ تجوز الشركة بها كذا قيل والاولى ان يجعل استثناء من قوله لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص بدلالة السياق وقوله ولا خلاف فيه اي في عدم جواز الشركة بالمكيل والموزون قبل الخلط فيما بينهما وان خلطا ثم اشتركا ففيه الخلاف المذكور فى الكتاب وثمرة الخلاف تظهر عند التساوى فى المالين واشتراط التفاضل فى الربح فعند ابي يوسف رحمه الله لا يستحق زيادة الربح بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وعند محمد رحمه الله الربح بينهما على ما شرطا فظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف رحمه الله لانه اي المذكور من المكيل والموزون والعددي المتقارب تتعين بالتعيين بعد الخلط كما تتعين قبله وهو ظاهر وشرط جواز الشركة ان لا يكون رأس المال مما يتعين بالتعيين لئلا يلزم ربح مالم يضمن ووجه قول محمد رحمه الله انها اى المكيل والموزون والعددي المتقارب ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا فى الذمة ومبيع من وجه من حيث انه تتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين يعني الخلط وعدمه فلشبهها بالمبيع قلنا لا تجوز الشركة بها قبل الخلط ولشبهها بالثمن قلنا تجوز الشركة بها بعد الخلط

وهذا لان اضافة العقد اليها تضعف باعتبار الشبهين فيتوقف ثبوتها على ما يقويها وهو الخلط لان بالخلط يثبت شركة الملك فيتأكد به شركة العقد لا محالة بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق فمحمد رحمه الله يحتاج الى الفرق وهو ماذكره ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال حتى ان من اتلفه ضمن مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فتزول الجهالة ومن جنسين من ذوات القيم فان من اتلفه يضمن قيمته واذا كان من ذوات القيم كان بمنزلة العروض فتتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء اي قضاء الجامع الصغير واما في هذا الكتاب فقد بينه في كتاب الوديعة والدليل على ان مراده قضاء الجامع الصغير قوله قد بيناه بلفظ الماضي ولو كان مراده كتاب القضاء من هذا الكتاب لقال سنبينه والذي بينه في كتاب الوديعة ان الحنطة اذا كانت وديعة عند رجل فخلطها الرجل بشعير نفسه ينقطع حق المالك الى الضمان **قوله** واذا اراد الشركة لما كان جواز عقد الشركة منحصرا في الدراهم والدنانير والفلوس النافقة وفي ذلك تضييق على الناس ذكر الحيلة في تجويز العقد بالعروض توسعة على الناس فقال واذا اراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة لانه اذا باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر صار نصف مال كل واحد منهما مضمونا على الآخر بالثمن فكان الربح الحاصل ربح مال مضمون فيكون العقد صحيحا قال المصنف رحمه الله وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال الشركة واستشكله الشارحون بانه لو كان المراد بالشركة شركة الملك لم يحتج الى قوله ثم عقدا الشركة وبان العروض لا تصلح رأس مال الشركة اذا لم يبع احدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر اما

امااذاباع فهو الحيلة في جوازه ثم اجاب بعضهم بان معنى قوله ثم عقدا الشركة شركة ملك حتى يصح قوله وهذه شركة ملك وهو بعيد لان غرض القدوري بيان الحيلة في تجويز عقد الشركة بالعروض وقال آخرون معناه انها شركة ملك وان عقد الشركة لان هذا العقد كلا عقد لكون رأس المال عرضا ونظم كلام المصنف رحمه الله لا يساعده وانا اذكر لك ما ذكره شيخي وشيخ العلامة عبد العزيز رحمه الله في هذا المقام من غير زيادة ولا نقصان لانه حل مفيد في هذا المعنى قال عدم جواز الشركة بالعروض مبني على معنيين احدهما ربح مالم يضمن كما بينا والثاني جهالة رأس المال فاذا باع احدهما نصف عرضه بنصفه الآخر ثم عقدا الشركة قال القدوري يجوز واختاره شيخ الاسلام واختاره صاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوي والمزني من اصحاب الشافعي رحمه الله لان رأس المال صار معلوما وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضمونا على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من ماليهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز ولهذا لو باع احدهما عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم عقدا الشركة عنانا اومفاوضة يجوز لزوال الجهالة لصيرورة العروض مشتركة بينهما فكذا هذا وقيل على قياس قول محمد رحمه الله يجوز كما في المكيل والموزون بعد الخلط وعلى قياس قول ابي يوسف رحمه الله لا يجوز الا ان يكون مضافا الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الاضافة لانه عقد توكيل فعلى هذا يكون العقد على الدراهم واختار شمس الائمة وصاحب الهداية انه لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق وهو اقرب الى الفقه لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة بخلاف المكيل والموزون بعد الخلط عند محمد رحمه الله لزوال الجهالة اصلا لانهما من ذوات الامثال وبخلاف ما اذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا لان الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما فيكون ذلك رأس مالهما ثم يثبت حكم الشركة في العروض تبعا وقد تدخل

في العقد تبعا مالا يجوز ايراد العقد عليه كبيع الشرب تبعا للارض ثم المصنف رحمه الله اختار عدم الجواز وعدل عما ذكره القدوري فقال وهذه شركة ملك عندي لاما ذكره القدوري انه شركة عقد ولا اعتبار بهذا العقد بعد البيع لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال الشركة ونظيره ماذكره القدوري ويستحب للمتوضي ان ينوي الطهارة ثم عدل المصنف رحمه الله بقوله فالنية في الوضوء سنة وله في هذا الكتاب نظائر كثيرة وقوله يبيع صاحب الاقل بقدر مايثبت به الشركة نظيره ما اذا كان قيمة عروض احدهما اربع مائة درهم مثلا وقيمة عروض الآخر مائة درهم يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله اخماسا ويكون الربح بينهما على قدر رأس ماليهما **قوله** واما شركة العنان هذا عطف على قوله في اول كتاب الشركة فاما شركة المفاوضة والعنان مأخوذ من عنّ اذا عرض سمي به لانه شيء عرض في هذا القدر لا على العموم على الوكالة والكفالة وقيل انه مأخوذ من عنان الفرس لان الفارس يمسك العنان باحدى يديه وينصرف بالاخرى فكذلك الشريك ههنا شارك في بعض ماله وانفرد بالباقي وكلامه ظاهر وقوله كما بينا اشارة الى قوله من قبل وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون مايستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ويصح ان يتساويا في المال وان يتفاضلا في الربح وجملة القول في ذلك انهما ان شرطا العمل عليهما وشرطا التفاوت في الربح مع التساوي في رأس المال جاز عند علمائنا الثلثة ويكون الربح بينهما على ماشرطا وإن عمل احدهما دون الآخر واما اذا شرطا العمل على احدهما فان شرطا الربح بينهما على قدر رأس مالهما جاز ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته وان شرطا الربح للعامل اكثر من رأس ماله جاز الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ولو شرطا الربح للدافع اكثر من رأس ماله لا يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل

العامل بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله والوضيعة بينهما على قدر رأس مالهما ابدا قوله وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله واصح وقوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرط العاقدان والوضيعة على قدر المالين رواه اصحابنا في كتبهم عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه وقوله من غير فصل يعني بين التفاضل والتساوي وقوله كما في المضاربة اعترض عليه بانه اذا الحقتم هذا العقد بالمضاربة صار في التقدير كأنه قال اعمل في مالك وربحه لك واعمل في مالي وربحه بيننا وفي المضاربة اذا شرط عمل رب المال فيها يبطل العقد وقد جوزتم هذه الشركة وان شرط عملهما واجيب بانه ليس هذا العقد مضاربة من كل وجه على ما سنذكره انه يشبهها من وجه فلا يلزم ان يأخذ حكمه من كل وجه وقوله بخلاف اشتراط جميع الربح جواب عما يقال اذا شرط جميع الربح لاحدهما لا يجوز فكذا اذا شرط الفضل والجامع العدل بالربح على التقسيط على قدر المال ووجه الجواب ان شرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة والمضاربة الى قرض او بضاعة لانه ان شرط الجميع للعامل صار قرضا وان شرط لرب المال صار بضاعة وهذا العقد لا يجوز ان يخرج عنهما لانه يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اي شركة المفاوضة اسما وعملا فانهما يعملان معا فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان فان اشتراط زيادة الربح موجود في المضاربة وهو جائز مع ذلك بالاجماع وهذا يتضمن الجواب عن قولهما ان اشتراط زيادة الربح لاحدهما يؤدي الى ربح ما لم يضمن وعملنا بشبه الشركة حتى لا تبطل باشتراط العمل عليهما **قوله** ويجوز ان يعقدها كل واحد اي يجوز ان يعقد شركة العنان كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليست بشرط فيه اي في هذا العقد اذ اللفظ اي لفظ العنان لا يقتضيه اي لا يقتضي المساواة بتاويل الاستواء بخلاف لفظ المفاوضة وقوله للوجه الذي ذكرناه يعني ما ذكره في

اول هذا الفصل انه يؤدي الى ربح مالم يضمن وقوله ويجوز ان يشتركا ظاهر وقوله فانكان لا يعرف ذلك الا بقوله يعني اذا لم يعرف انه ادى الثمن من مال نفسه او من مال الشركة الا بقوله فعليه اقامة البينة فان عجز عن ذلك فالقول لصاحبه مع يمينه وقوله فاذا هلك مال الشركة ظاهر وقيد الوكالة بالمفردة احترازا عن الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن فانها فيهما تبطل لبطلان ماتضمنها من الشركة والرهن لان المتضمن يبطل ببطلان المتضمن تبعا واما الوكالة المفردة كمن وكل رجلا بشراء عبد ودفع اليه دراهم فهلكت فانها لا تبطل قال فخر الاسلام في شرح الزيادات بخلاف المضاربة والشركة فانها تتعين حتى اذا هلكت قبل التسليم بطلت المضاربة وهو مخالف لما ذكره المصنف رحمه الله انها تتعين فيها بالقبض فعلى هذا فى المسئلة روايتان وقوله لانه مارضي بشركة صاحبه في ماله اي الشريك الذي لم يهلك ماله مارضي بشركة صاحبه الذي هلك ماله الا على تقدير بقاء ماله ليشتركه في ماله كما يشتركه هو في مال هذا وقوله وايهما هلك هلك من مال صاحبه ظاهر وقوله ثم الشركة شركة عقد عند محمد رحمه الله خلافا للحسن بن زياد رحمه الله وفائدته تظهر في جواز بيع الكل فعند محمد رحمه الله ايهما باعه جاز بيعه لان الشركة قد تمت فى المشترى فلا تنتقض بهلاك المال بعد تمامها كما لو كان الهلاك بعد الشراء بالمالين جميعا وعند حسن بن زياد لا ينفذ بيع احدهما الا في حصته لان شركة العقد قد بطلت بهلاك المال كما لو هلك قبل الشراء بمال الآخر وانما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك فكانت شركتهما فى المتاع شركة ملك وقوله قد بيناه اشارة الى قوله معناه اذا ادى من مال نفسه الى آخره وقوله اما اذا هلك مال احدهما ثم اشترى الآخر واضح وقوله لما بيناه اشارة الى قوله لانه وكيل من جهته وقوله انه بالخلط اى الشركة فى الاصل على تاويل الاشتراك وقوله وهذا اشارة الى قوله لان الربح فرع المال يعني وانما قلنا ان الربح فرع المال لان

لان المحل اي محل الشركة هو المال ولهذا يضاف اليه ويقال عقد شركة المال ويشترط
تعيين رأس المال ولما اعتبر التعيين الا لتكون الشركة فى الثمن مستندة الى المال
بخلاف المضاربة فانها تصح بدون الخلط لانها ليست بشركة وانما هو عامل لرب المال
فيستحق الربح عماله على عمله وقوله هذا اصل اشارة الى قوله لان الربح فرع المال
حتى يعتبر اتحاد الجنس يعني بناء على اصلهما ذلك فانه اذا كان رأس مال احدهما
دراهم والآخر دنانير تنعقدا لشركة بينهما صحيحة عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله
وكذلك انكان رأس مال احدهما بيضاء وللآخر سوداء **قوله** ولا تجوز شركة التقبل
على قول زفر والشافعي رحمهما الله لانعدام المال ولنا ان الشركة فى الربح مستندة الى
العقد دون المال وكل ما هو مستند اليه هو الاصل اما انها مستندة الى العقد فلان العقد
يسمى شركة المال فلا بد من تحقيق معنى هذا الاسم فيه واما ان كل ما هو مستند اليه هو
الاصل فلان المراد بالمستند اليه هو ان يكون غيره مبنيا عليه وذلك حد الاصل
وانما عبر عنه بهذه العبارة لان الربح فى الحقيقة يحصل من التصرف والتصرف
يحصل من العقد لان كل واحد منهما يتصرف فى الكل في بعضه بطريق الاصالة وفي
بعضه بطريق الوكالة فكان العقد علة العلة وجاز ان يضاف الحكم الى علة العلة كما جاز
ان يضاف الى عين العلة واذا كان الاصل هو العقد وهو موجود يثبت الحكم
فى الفرع وهو الربح وان لم يختلط المالان والدليل الثاني هو قوله ولان الدراهم
والدنانير لا تتعينان كالشرح للدليل الاول فان قيل لوكان العقد هو الاصل دون المال لما
بطلت الشركة بهلاك المال قبل ان يشتريا به شيئا لان هلاك المال وبقاءه اذ ذاك
بمنزلة لكون الاصل وهو العقد قد وجد والمال موجود فلا يبالى بعد ذلك ببقائه اجيب
بان بقاء الاصل شرط لوجود الفرع والاصل قد انتفى بانتفاء شرطه وهو المحل فكذلك
الفرع واعترض ايضا بان المالين اذا لم يختلطا بقيا متميزين ولا شركة مع التمييز كما

فى العروض واجيب بان علة فساد الشركة فى العروض ليست عدم التميز بل هي ماذكرنا من الافضاء الى ربح مالم يضمن وقوله وصار كالمضاربة يعني لما ظهران الاصل هو العقد دون المال كان الربح مستحقا بالعقد دون المال كما فى المضاربة فانه ليس هنا خلط المالين والربح مشترك بسبب العقد واذا بطل ذلك الاصل بطل الفروع المبنية عليه فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي فى الربح وتصح شركة التقبل وقوله ولا تجوز الشركة واضح وقوله ونظيره فى المزارعة يعني اذا شرط لاحدهما قفزان مسماة كانت فاسدة لان الشركة تنقطع به ومن شرط المزارعة ان يكون الخارج بينهما شائعا **قوله** ولكل واحد من المفاوضين هذا بيان مايجوز للشريك شركة مفاوضة اوعنان ان يفعل وان لا يفعل يجوز له ان يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة والمعتاد جاز العمل به ولان له ان يستاجر على العمل ليحصل الربح دون الشركة بلا خلاف وكل من جاز له ان يستاجر لتحصيل الربح جاز له ان يبضع لان الاستيجار تحصيل بعوض والابضاع بدونه فكان الاستيجار اعلى ومن ملك الاعلى ملك الادنى وان يودع المال لانه معتاد الاترى انه ليس على المضارب شيء من الوضيعة وان المضاربة لوفسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح فيمكن جعل المضاربة مستفادا بعقد الشركة لانها دون الشركة فيتضمنها الشركة هذا ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله انه ليس له ذلك لانه اي عقد المضاربة نوع شركة لانه ايجاب الشركة للمضارب فى الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لاحد الشريكين ان يشارك مع غيره بمال الشركة فكذا لا يدفعه مضاربة والاول اي جواز الدفع مضاربة اصح وهو رواية الاصل لان الشركة يعني فى المضاربة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح وهو ثابت بالمضاربة فيملكه احد الشريكين كما لو استاجر اجيرا ليعمل فانه يجوز قولا واحدا فهذا اولى لانه يحصل بدون ضمان في ذمته فان المضارب اذا عمل ولم يحصل الربح لا يجب على رب المال شيء بخلاف الاجارة

الاجارة فان الاجير اذا عمل في التجارة ولم يحصل شيء من الربح يكون المستاجر ضامنا للاجرة بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله فان قيل هذا منقوض بالمكاتب فانه جاز له ان يكاتب عبده والعبد الماذون له ان ياذن لعبده فالجواب ان ذلك ليس من قبيل الاستتباع فان كل واحد منهما اطلق في الكسب واسبابه وهذا من اسباب الكسب المطلقة لهما لا انه من المستتبعات وقوله وان يوكل من يتصرف فيه وهو ظاهر واعترض بان الحكم الثابت مقصودا اعلى حالا من الثابت في ضمن شيء آخر لا محالة والوكيل الذي كانت وكالته مقصودة ليس له توكيل غيره فالوكيل الذي تثبت وكالته في ضمن الشركة كيف جاز له ان يوكل غيره واجيب بذلك الجواب المشهور وهو قولهم كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا والشبهة وجه القياس في هذه المسئلة وجوابها وجه الاستحسان وقوله لا على وجه البدل احتراز عن المقبوض على سوم الشراء لان المقبوض على سوم الشراء قبض لاجل ان يدفع الثمن وقوله والوثيقة احتراز عن الرهن فان المرهون مقبوض لاجل الوثيقة **قوله** واما شركة الصنائع كلامه ظاهر وقوله لا يفيد مقصودهما اي مقصود الشريكين وهو التمييز ظاهر وفي بعض النسخ لا يفيد مقصودها اضاف المقصود الى الشركة وان كان المقصود للشريكين بادنى ملابسة وهو يلبس الشريكين بعقد الشركة قوله ولا يشترط فيه اي في هذا العقد اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر رحمهما الله قالا ان اتفقت الاعمال كالقصارين اشتركا او صباغين جاز وان اختلفت كصباغ وقصار اشتركا لا يجوز لان كل واحد منهما عاجز عن العمل الذي يتقبله صاحبه فان ذلك ليس من صنعه فلا يتحقق ما هو مقصود الشركة ولنا ان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لا يتفاوت باتحاد العمل والمكان واختلافهما اما الاول فلان التوكيل بتقبل العمل صحيح ممن يحسن مباشرة ذلك العمل وممن لا يحسن لانه لا يتعين على المتقبل اقامة العمل

بيديه بل له ان يقيم باعوانه واجرائه وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحا واما الثاني فلان احد الشريكين لو عمل في دكان والآخر في دكان آخر لا يتفاوت الحال وهو ظاهر فان قيل قد تقدم ان من الفروع المترتبة على اصل زفر والشافعي رحمهما الله في مسئلة الخلط ان شركة التقبل لا يجوز فكيف يصح قول زفر مع مالك رحمهما الله في جوازها اذا كانت الاعمال متفقة اجيب بان زفر رحمه الله له في هذه المسئلة اعنى الخلط قولان فذكر المصنف رحمه الله في تلك المسئلة حكم الرواية التي يشترط فيها خلط المال وذكر ههنا حكم الرواية التي لا يشترط ولكن في اللفظ ولم يذكر اختلاف الروايتين افتراء قيل ظاهره متناقض وقوله ولو شرطا العمل نصفين اي اذا شرط في شركة التقبل ولم تكن مفاوضة ان يكون العمل نصفين والربح الحاصل اثلاثا جاز استحسانا والقياس ان لا يصح لان الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتاديته اليه اي الى ربح ما لم يضمن وصار كشركة الوجوه في ان التفاوت فيها في الربح لا يجوز اذا كان المشترى بينهما على السواء واما اذا شرطا التفاوت في ملك المشترى فيجوز التفاوت حينئذ في الربح في شركة الوجوه ايضا وقوله ولكنا نقول بيان وجه الاستحسان ما يأخذه كل من الشريكين ما يأخذه ربحا لان الربح انما يكون عند اتحاد الجنس ولهذا قالوا لو استأجر دارا بعشرة دراهم ثم آجرها بثوب يساوي خمسة عشر جاز كما ان الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس والجنس فيما نحن فيه لم يتحد لان رأس المال عمل والربح مال فكان ما يأخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فاذا رضيا بقدر معين كان ذلك بينهما تقويما للعمل فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم لانه لم يتاد الى ربح ما لم يضمن بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق وهو الثمن الواجب في ذمتهما دراهم كانت او دنانير والربح يتحقق في الجنس المتفق وقوله وربح ما لم يضمن تقريره لو جاز اشتراط زيادة الربح

الربح كان ربح مالم يضمن وذلك لايجوز الا في المضاربة وانما جاز فيها لوقوعه بمقابلة
العمل في جانب المضارب وبمقابلة المال في جانب رب المال وليس واحد منهما في
شركة الوجوه ولا ضمان بمقابلة الربح موجودا فيلزم فيها ربح مالم يضمن فلا يجوز
قوله ومايتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه ظاهر وقوله ويبرأ الدافع
بالدفع اليه اي يبرأ دافع الاجرة الى كل واحد من الشريكين قيل ويجوز ان يكون
معناه ويبرأ الدافع اي كل واحد من الشريكين بالدفع اليه اي الى صاحب الثوب
مثلا لواخذ احد الشريكين ثوبا للصبغ ثم دفع الآخر الثوب مصبوغا الى صاحبه برئ من
الضمان وقوله وهذا اشارة الى لزوم العمل على كل واحد منهما وهو معنى الكفالة ظاهر
في المفاوضة وفي غيرها وهو العنان استحسان اي معنى الكفالة بطريق الاستحسان والقياس
خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة عن ذكر الكفالة وليست الكفالة من مقتضاها
حتى تثبت وان لم تذكر وانما هي مقتضى المفاوضة فلا يثبت معها ماليس من مقتضاها
بدون التصريح بذكره ووجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان الا يرى
ان مايتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا اي ولكون العمل
مضمونا على الآخر يستحق الآخر الاجر بسبب نفاذ تقبله اي تقبل صاحبه عليه ولو لم يكن
مضمونا عليه لما استحق الاجر لان الغرم بازاء الغنم فاذا كان كذلك جرى هذا العقد
مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب
فتأمل وانما قيد بجريانه مجرى المفاوضة بهذين الشبهين لان فيما عدا ذلك لم يجر
هذا العقد مجراها حتى قالوا اذا اقر احدهما بدين من ثمن اشنان او صابون اوآجر
اجيرا واجرة ثبتت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه الا ببينة ويلزمه خاصة لان
التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار يوجب المفاوضة **قوله** واما شركة الوجوه
فالرجلان يشتركان شركة الوجوه وهي ان يشتركا ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما

اي بوجاهتهما وامانتهما عند الناس صحيحة عندنا على هذا اي على كونهما يشتريان بوجوههما سميت شركة الوجوه لانه لا يشتري بالنسيئة الا من كان له وجاهة عند الناس وانها تصح مفاوضة اذا كان الرجلان من اهل الكفالة لانه حينئذ يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال اي الثمن والمثمن فيكون ثمن المشتري على كل واحد منهما نصفين ويكون المشتري بينهما نصفين ولابد من التلفظ بلفظ المفاوضة او بما قام مقامه مما تقدم واذا اطلقت كانت عنانا لان المطلق ينصرف اليه لكونه المعتاد فيما بين الناس وهي اي شركة الوجوه جائزة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركة التقبل وهو ان الربح عنده فرع المال فاذا لم يوجد المال لا تنعقد الشركة وقلنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد الخ وقوله ولا يجوز ان يتفاضلا فيه اي في الربح فان شرط لاحدهما الفضل بطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما وقوله وهذا اشارة الى تحتم المساواة في اشتراط الربح وقوله بالنصف قيد اتفاقي فانه يجوز ان يلقى باقل من النصف ولا يستحق بما سواها فان قيل لم لا يجوز ان يستحق الزيادة لزيادة اهتدائه ومتانة رأيه وتدبيره في الامور العامة والخاصة وعمله بالتجارة اجيب بان اشتراط زيادة الربح بزيادة العمل انما يجوز اذا كان في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد ههنا وقوله الا ترى توضيح لقوله ولا يستحق بما سواها وقوله واستحقاق الربح في شركة الوجوه عود الى المبحث لاتمام المطلوب يعني ان صورة النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل وقوله على ما بينا قيل هو المشار اليه ما ذكره في شركة التقبل بقوله لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن وقيل هو اشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق الى آخره وتقرير كلامه استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان والضمان يقدر على قدر الملك في المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة فانه يصح فيها لما ذكرنا من وجود مقابلته بالمال والعمل والوجوه اي شركة الوجوه ليست

ليست في معناها لان المال فيها مضمون على كل واحد من الشريكين واما المال في المضاربة فليس بمضمون على المضارب ولا العمل على رب المال بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد من شريكي العنان يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فيلحق بها قيل فيه نظر لان ربح مالم يضمن لو جاز في العنان لشبهه بالمضاربة لصح الشركة بالعروض فى العنان لان العنان مشبه بالمضاربة فكان علة تجويز ربح مالم يضمن موجودة لكن لا يجوز ذلك لما تقدم انه يؤدي الى ربح مالم يضمن والجواب ان الضمان بالعروض لو كان مؤديا الى ربح مالم يضمن فقط لا عتبرناه لكن انضم الى ذلك جهالة رأس المال والربح عند القسمة وليس في المضاربة ما يقتضي اعتباره حتى يلحق به وهذا الجواب ينزع الى تخصيص العلة فاما ان يلتزم مساغه او يصار الى مخلصه المعلوم فى الاصول

فصل في الشركة الفاسدة

وجه فصل الفاسد عن الصحيح وتاخيره عنه لا يخفى على احد وكلامه واضح وقوله لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه دليلان على المطلوب تقرير الاول ان التوكيل في اخذ المباح باطل لانه يقتضي صحة امر الموكل بما وكل به وهو اخذ المباح وامر الموكل باخذه غير صحيح لانه صادف غير محل ولايته وتقرير الثاني ان التوكيل باخذ المباح باطل لان الوكيل يملكه بدون امر الموكل ومن يملك شيئا بدون امر الموكل لا يصلح ان يكون نائبا عنه لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت للوكيل وهذا المعنى لا يتحقق فيمن يملك بدون امره لئلا يلزم اثبات الثابت ونوقض الثاني بالتوكيل بشراء عبد غير معين فان الوكيل يملكه بدون امر الموكل بالشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده ومع ذلك صلح ان يكون نائبا عن الموكل والجواب ان معناه يملكه بدون امر الموكل بلا عقد وصورة

النقض ليست كذلك فانه لا يملكه الا بالشراء وقوله فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله لا يجاوزبه نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه اي في كتاب الشركة من المبسوط قيل تقديم ذكر محمد رحمه الله على ابي يوسف رحمه الله في الكتاب وكذا تقديم دليل ابي يوسف رحمه الله على دليل محمد رحمه الله في المبسوط دليل على انهما اختار واقول محمد رحمه الله على قول ابي يوسف رحمه الله ووجه قول ابي يوسف رحمه الله انه رضي بنصف المجموع ان كان ذلك مجهولا في الحال لانه يعلم في المآل فكانت جهالة على شرف الزوال فانه بعرضية ان يصير معلوما عند الجمع فاذا كان راضيا في الابتداء بنصف المجموع وقد فسد العقد كان راضيا بنصف ثمن المجموع في الانتهاء فلا يجاوزبه نصفه لانه يعتبر رضاه في اسقاط حقه عن مطالبة الزيادة ووجه قول محمد رحمه الله انه لا يمكن تقديره اي تقدير اجر المثل بنصف قيمة المجموع لانه مجهول جهالة متفاحشة جنسا وقدرا حيث لا يدري اي نوع من الحطب يصيبان فاي قدر منه يجمعان ولا يدريان ايضا هل يجدان ما عقدا عليه عقد الشركة اولا يجدان فاذا كان كذلك لا يمكن ان يقال ان المعين رضي بنصف المسمى من الحطب اوغيره لان الرضاء بالمجهول لا يتحقق فيجب الاجر بالغا ما بلغ الا ترى انه لو اعانه عليه فلم يصيبا شيئا كان له الاجر بالغا ما بلغ فههنا اولى لانهما اصابا وقوله واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية الراوية في الاصل بعير السقاء لانه يروى الماء اي يحمله ثم كثرحتى استعمل في المزادة وهو المزاد ههنا قال ابو عبيدة المزادة لا يكون الامن جلدين يقام بجلد ثالث بينهما ليتسع والجمع مزاد ومزائد وقوله لان الربح فيها تابع للمال فيتقدر بقدره وفيه نظر لان الربح عندنا فرع للعقد كما مر وكل فرع تابع وكونه تابعا للمال انما هو مذهب الشافعي رحمه الله كما تقدم فكان الكلام متناقضا والجواب انه تابع للعقد اذا كان العقد موجودا وههنا قد فسد العقد فيكون تابعا للمال لانه شرط فان العلة اذا

اذا لم تصلح لاضافة الحكم اليها يضاف الى الشرط والربح عبارة عن الزيادة يقال اخرجت الارض ريعا اي غلة لانها زيادة وقوله على ما بيناه من قبل اشارة الى ما ذكر في باب احكام المرتدين في قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم بلحاقه الى قوله ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام الى آخره وقوله لانه اي الموت عزل حكمي لكون موت الموكل موجبا عزل الوكيل حكما لتحول ملكه الى ورثته فلا يتوقف حكمه على ثبوت العلم به الا يرى ان الوكيل ينعزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته وقوله واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة متصل بقوله والوكالة تبطل بالموت واعترض بانه قد تقدم ان الوكالة قد ثبتت في ضمن الشركة واذا كان كذلك كانت تابعة لها ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع واجيب بان الوكالة تابعة للشركة من حيث انها شرطها لا تصح الشركة بدون الوكالة اشار المصنف رحمه الله الى ذلك آنفا بقوله ولا بد منها اي الوكالة لتحقق الشركة واذا كانت شرطا لا يتحقق بقاء المشروط بدونه وقوله لانه اي الفسخ عزل قصدي فيتوقف على العلم *

فصل

لما كان احكام هذا الفصل ابعد عن مسائل الشركة من قبيل انها ليست من مسائل التجارة اخرها في فصل على حدة وكلامه واضح لا يحتاج الى شرح سوى ما نذكره وقوله اما اذا ادى معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه يعني عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقوله لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر يعني اذ انتقص ماله على يد الوكيل الا لدفع الضرر اي بقاء الواجب في ذمته وقوله ولانه عزل حكمي اعترض عليه بانه يشكل بالوكيل بقضاء الدين فان هناك اذا قضى الموكل بنفسه ثم قضى الوكيل فان علم باداء الموكل فهو ضامن وان لم يعلم لا يضمن شيئا فقد فرق هناك بين العلم وعدمه مع انه حصل

العزل الحكمي هناك ايضا باداء الموكل واجيب بان الوكيل بقضاء الدين مامور بان يجعل المؤدى مضمونا على القابض على ماهو الاصل لان الديون تقضى بامثالها وذلك يتصور بعد اداء الموكل فلم يكن اداؤه موجبا عزل الوكيل حكما ويوضح الفرق ان هناك لولم يوجب الضمان على الوكيل بجهله باداء الموكل لا يلحق الموكل فيه ضرر لانه يتمكن من استرداد المقبوض من القابض وتضمينه ان كان هالكا وههنا لو لم يوجب الضمان ادى الى الحاق الضرر بالموكل لانه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه والضرر مدفوع فلهذا وجب الضمان بكل حال واعترض عليه ايضا بان زكوٰة كل واحد تسقط عنه بعد ادائه فيترتب عليه عزل وكيله وحال مايودي عنه الوكيل لم يحكم بسقوط الزكوٰة عن موكله فلم يوجب عزل الوكيل عن الاداء واجيب عنه بانه امره باداء الزكوة عنه في حال استقرار الزكوٰة على الآمر وعند مايؤدى الموكل عن نفسه الزكوٰة الحالة حالة زوال الزكوة وسقوطها عنه فلا يوصف في هذه الحالة انها حالة استقرار الزكوٰة فكان اداؤها على غير الوجه المأذون فكان مخالفا لما امره لذلك فيضمن وقوله واما دم الاحصار جواب عن قوله فصار كالمامور بذبح دم الاحصار وتقريره انا لا نسلم ان المامور بذبح دم الاحصار لا يضمن اذا ذبح بعد زوال الاحصار ولئن سلمنا انه لا يضمن بالاتفاق لٰكن الفرق بينهما ان دم الاحصار ليس بواجب البتة لانه لوصبر الى ان يزول الاحصار لم يطالب بدم الاحصار فلم يكن امرا مقصودا فلم يمكن ان يقال ان المقصود حصل بفعل المحصر قبل فعل المامور فعرى فعل المامور عن المقصود فيضمن بخلاف اداء الزكوٰة فانه واجب فكان اسقاط الواجب امرا مقصودا وحصل هذا المقصود باداء الآمر عن نفسه فعرى فعل المامور عن المقصود وقوله واذا اذن احد المتفاوضين صورة المسئلة ظاهرة وتقرير دليلها انه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك وكل من فعل كذلك يرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام

الطعام والكسوة وقوله وهذا بيان لقوله انه ادى دينا عليه خاصة لان الملك واقع له
خاصة بدليل حل وطئها والثمن بمقابلة الملك فكان الدين عليه خاصة ولابيحنيفة
رحمه الله ان الجارية دخلت فى الشركة على البتات وادى المشتري ثمنها من
مال الشركة وكل مادخل فى الشركة وادى المشتري ثمنه من مال الشركة فانه
لا يرجع عليه صاحبه بشيء كما لو اشتراها قبل الاذن وادى ثمنها من مال الشركة
فانه لا يرجع عليه بشيء وبين دخولها فى الشركة بقوله جريا على مقتضى الشركة
اي شركة المفاوضة فان ذلك يقتضي دخول ماليس بمستثنى كالطعام والكسوة
تحتها وشراء الجارية ليس بمستثنى فيدخل تحتها لانهما لا يملكان بغير مقتضى الشركة
مع بقائها الاترى انهما لو شرطا التفاوت بينهما في ملك المشترى لم يعتبر مع بقاء
عقد الشركة فان قيل لو كانت واقعة على الشركة كيف كان يحل وطئها اجيب
بانه كان يحل وطئها كما يحل اذا وهبه نصيبه بعد الشراء بغير اذن وقوله غير ان
الاذن يتضمن هبة نصيبه استثناء من قوله فاشبه حال عدم الاذن فانه كان مما توهم
ان يقال كيف حال عدم اذن وهناك لم يحل وطئها وبعد الاذن يحل فازال ذلك
بقوله غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطي لا يحل الا بالملك ولا وجه
الى اثباته بالبيع يعني لا يمكن ان يقال حل الوطئ بناء على انه اذا اشترى جميعها
لنفسه لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة يريد به ماذكر آنفا من قوله جريا على مقتضى
الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن فكأنه قال اشتر جارية بيننا وقد وهبت
نصيبي منها لك فجازت الهبة فى الشائع لان الجارية مما لا يقسم بخلاف الطعام
والكسوة حيث يقع للمشتري خاصة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له
خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى دينا
عليهما لما بينا انها دخلت فى الشركة وفيه بحث من وجهين احدهما انه من قال اعتق

عبدک عني ولم يذكر المال ففعل لا يصير هبة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله والعتق يقع عن المامور لانتفاء القبض الذي هو شرط الهبة فكيف صار هبة فيما نحن فيه والثاني ان الملك يثبت في نصيب الشريک بالهبة حکما للاذن بالوطئ والملک لا يثبت في الجارية بالهبة حكما للاحلال فان من قال لغيره احللت لک وطئ هذه الجارية لا تصير ملكا للمخاطب حكما للهبة بالاحلال والجواب عن الاول ان ذلک انما لا يصير هبة لانتفاء القبض الذي هو شرطها وما نحن فيه ليس كذلک لانه يقبض بعد الشراء على الشركة وهو وكيل ثم يقبضه لنفسه وعن الثاني ان المصنف رحمه الله اشار الى ذلک بقوله في ضمن الاذن وجاز ان يثبت شيء ضمنا ولا يثبت قصدا وقوله وللبائع ان يأخذ بالثمن ايهما شاء ظاهر والله اعلم

كتاب الوقف

مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة هي ان المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على اصل المال وهو مصدر وقف الدابة وقوفا ووقفتها يتعدى ولا يتعدى ووقفت الدار على المساكين وقفا واوقفتها لغة رديئة وعرفه شمس الائمة السرخسي رحمه الله بانه حبس المملوک عن التمليک من الغير وسببه طلب الزلفى وشرطه ان يكون الواقف حرا عاقلا بالغا وكون المحل غير منقول وركنه ارضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين وحكمه خروج الوقف اى الموقوف عن ملک الواقف وعدم دخوله في ملک الموقوف عليه وكلامه واضح وما عرفه به ابوحنيفة رحمه الله يقتضي ان لا يصح الوقف لانه قال والتصدق بالمنفعة والتصدق بالمعدوم لا يصح وقوله وهو راجع الى قوله فلا يجوز الوقف اصلا هو الملفوظ في الاصل يعني المبسوط ولكنه نقل ههنا بالمعنى لا بعين لفظه فان لفظ المبسوط فاما ابوحنيفة رحمه الله فكان لا يجيز ذلک ثم قال فمراده انه

انه لا يجعله لازما فاما اصل الجواز فثابت عنده كالعارية بصرف المنفعة الى جهة الوقف وتبقى العين على ملك الواقف فله ان يرجع ويجوز بيعه ويورث عنه ولا يلزم الا بطريقين قضاء القاضي بلزومه لكونه مجتهدا فيه واخراجه مخرج الوصية بان يقول اوصيت بغلة داري فحينئذ يلزم وعندهما هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود المنفعة الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث وقوله واللفظ اي لفظ الواقف ينتظمهما اي يتناول ما قاله ابو حنيفة رحمه الله وهو حبس العين على ملك الواقف وما قالاه وهو حبس العين على حكم ملك الله تعالى انتظاما واحدا من غير ترجيح ولا بد من دليل مرجح ثم ابتدأ ببيان دليلهما بقوله لهما قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله تعالى عنه روى صخر بن جويرة عن نافع ان عمر ابن الخطاب رضي الله تعالى عنه كانت له ارض تدعى ثمغ وكانت نخلا نفيسا فقال عمر رضي الله عنه يا رسول الله اني استفدت مالا وهو عندي نفيس انا نتصدق به قال تصدق باصله لا يباع ولا يتوهب ولا يتورث ولكن لينفق من ثمرته فتصدق به عمر رضي الله تعالى عنه في سبيل الله وفي الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى منه ولا جناح على من وليه ان يأكل بالمعروف او يوكل صديقاله غير متمول وهذه الارض كانت سهم عمر رضي الله تعالى عنه بخيبر حين قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بين اصحابه وثمغ لقب لها وهي بفتح الثاء المثلثة وسكون الميم والغين المعجمة وقوله اذ له نظير في الشرع وهو المسجد لبيان نفي استبعاد ان يخرج من ملك الواقف ولا يدخل في ملك غيره فان اتخاذ المسجد لازم بالاتفاق وهو اخراج لتلك البقعة عن ملكه من غير ان يدخل في ملك احد ولكنها تصير محبوسة لنوع قربة قصدها فكذلك في الوقف ولابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله تعالى اي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته لكنهم

يحملون هذا الاثر على ما كان عليه اهل الجاهلية من البحيرة والسائبة والوصيلة والحام ويقولون الشرع ابطل ذلك كله ولكنا نقول النكرة في موضع النفي تعم فيتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث الا ما قام عليه دليل وقوله جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبيس يدل على ان لزوم الوقف كان من شريعة من قبلنا وان شريعتنا ناسخة لذلك وقوله كالسائبة السائبة هي الناقة التي تسيب لنذر وكان الرجل يقول اذا قدمت من سفري اوبرئت من مرضي فناقتي سائبة ومعناه ان الوقف بمنزلة تسييب لنذر اهل الجاهلية من حيث ان العين لا تخرج من ان تكون مملوكة منتفعا بها فانه لو سيب دابته لم تخرج من ملكه فكذلك اذا وقف ارضه اوداره وقوله بخلاف الاعتاق جواب عما يقال لو كان ازالة الملك لا الى مالك غير مشروع لما جاز العتق فانه ازالة الملك الثابت من العبد من غير تمليك لاحد وقوله وبخلاف المسجد جواب عن قياسهم الوقف على المسجد وقوله قال في الكتاب يعني مختصر القدوري لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته صورة الحكم ان يسلم الواقف ما وقفه الى المتولي ثم يريد ان يرجع عنه فينازعه بعد اللزوم فيختصمان الى القاضي فيقضي القاضي بلزومه وقوله فالصحيح انه لا يزول ملكه يعني ان المشائخ رحمهم الله اختلفوا على قول ابي حنيفة رحمه الله فقيل يزول الملك بالتعليق بالموت لانه وقت خروج الاملاك عن ملكه فالتعليق به يدل على ان مراده الخروج من الملك وقيل لا يزول وهو الصحيح لان الوقف تصدق بالمنفعة والغلة وهو لا يستدعي زوال اصل الملك ولانه تصدق بالغلة دائما ولا يمكن التصدق بها هكذا الا اذا بقي اصل الموقوف عليه على ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزمه والمراد بالحاكم المولى اي الذي ولاه الخليفة عمل القضاء واما المحكم وهو الذي يفوض اليه الحكم في حادثة معينة باتفاق الخصمين ففيه اختلاف المشائخ رحمهم الله قال في كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى واما

واما حكم الحاكم في اليمين المضافة وسائر المجتهدات فالاصح انه ينعقد لكن لا يفتي به وقوله قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت يعني يلزم الوقف حينئذ على مذهب ابيحنيفة رحمه الله بخلاف الوقف في الصحة فانه لا يلزم عنده ثم قال الطحاوي رحمه الله في مختصره وقد روى محمد عن ابي حنيفة رحمه الله ان ذلك لا يجوز منه في مرضه كما لا يجوز في صحته ثم قال وهو الصحيح على اصوله وقال المصنف رحمه الله الصحيح انه لا يلزم عند ابيحنيفة رحمه الله لان المباشرة في المرض كالمباشرة في الصحة حتى لا يلزم ولا يمنع الارث كالعارية وعندهما يلزم الا انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال وقوله وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه اي يثبت التمليك من الله تعالى ضمنا للتمليك من غير الله تعالى وان كان لا يثبت التمليك من الله تعالى قصدا فيأخذ التمليك من الله تعالى حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض وقوله فينزل منزلة الزكوة والصدقة يعني ينزل التمليك من الله تعالى في الوقف في ضمن التسليم الى العبد منزلة تمليك المال من الله تعالى في الزكوة حيث يتحقق التمليك منه في ضمن التسليم الى الفقير **قوله** واذا صح الوقف على اختلافهم اي اذا صح الوقف على ما اختلف فيه المشائخ رحمهم الله من انه يصح عندهما ولا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله على ما مر الملفوظ في الاصل والاصح الصحة عند الكل خرج عن ملك الواقف يعني على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملكه جاز له اخراجه عن ملكه كسائر املاكه ولما انتقل الى من بعده من شرط الواقف لكن ليس كذلك بالاتفاق وقوله يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره اعترض عليه بانه ذكر قبل هذا لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم وهذا الاستثناء انما يحتاج اليه على قول ابي حنيفة رحمه الله في حق زوال الوقف عن ملك الواقف واما على قولهما فان الملك يزول بدون حكم الحاكم ثم الدليل

الصحيح يقتضي عدم جواز الخروج عن الملك لان الخروج يقتضي ان لا يصح شرطه في صرف الغلة كما اذا اعتق عبده بشرط ان يصرف غلته الى كذا وجعل ارضه مسجدا بشرط ان يصلي فيه فلان دون فلان فان التصرف في غير ملكه غير صحيح والجواب عن الاول ان ما ذكره في الكتاب ههنا انما هو في الصحة وما ذكره قبل هذا فانما هو في اللزوم والصحة لا يستلزم اللزوم وكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف اذا صح الوقف قولهما لا قول ابي حنيفة رحمه الله الا اذا حكم الحاكم فانه حينئذ يكون خروج الوقف عن ملك الواقف اذا صح الوقف قول الكل سلمنا ان الصحة ههنا بمعنى اللزوم لكن لا يلزم من اللزوم الخروج عن ملك الواقف عند ابي حنيفة رحمه الله لان الوقف عنده معرف بحبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وذلك يمنع عن الخروج لا محالة وعن الثاني بان خروج الملك الى الله تعالى قربة لا يمنع التصرف فيه ممن خرج عنه الا يرى ان القربان يصير بالاراقة لله تعالى ثم ان صاحبه يتصرف فيه بالاكل والاطعام والتصدق به بتولية الشرع لكونه المتقرب به فجاز ان يكون امر الواقف كذلك بخلاف العبد فانه يصير مالكا لمنافعه فلا يعمل فيه تصرف غيره واما المسجد فالاصل فيه الكعبة والمسجد الحرام وفيه سَوَاءً الْعَاكِفُ فِيهِ وَالْبَادِ فعلمنا ان الله تعالى لم يول التخصيص الى الذي جعله مسجدا وانما الحقه بالمسجد الحرام والكعبة وقوله لان القسمة من تمام القبض بيانه ان القسمة للحيازة والحيازة فيما يقسم انما هي بالقسمة وقوله ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف رحمه الله لا خلاف بينهما ان القسمة فيما يقسم من تمام القبض وانما الخلاف بينهما في ان اصل القبض شرط اولا فعند ابي يوسف رحمه الله ليس بشرط فكذا تمامه وعند محمد رحمه الله شرط فكذا تمامه واما فيما لا يقسم فمحمد رحمه الله ايضا يجوزه فيعتبره بالهبة والصدقة المنفذة اي الصدقة الخاصة المسلمة الى الفقير وهو احتراز عن الصدقة الموقوفة وهي ما نحن فيه وقوله الا في المسجد والمقبرة استثناء

استثناء من قوله ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف رحمه الله وانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة بان كان الموضع صغيرا لا يصلح لما اراده الواقف من اتخاذ المسجد والمقبرة على تقدير القسمة والحاصل ان جعل المسجد والمقبرة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة لا يجوز اصلا لا قبل القسمة وهو حال كونه مشاعا ولا بعدها اما قبلها فان بقاء الشركة يمنع الخلوص على ما سيجيء واما بعدها فلان فرض المسئلة فيما اذا كان الموضع غير صالح لذلك لصغره فينبغي ان يكون بطريق المهاياة والمهاياة فيهما في غاية القبح الى آخر ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر **قوله** ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يجعل آخره لجهة لا ينقطع مثل ان يقول على كذا وكذا ثم على فقراء المسلمين حيثما وجدوا مثلا وقال ابو يوسف رحمه الله اذا سمى فيه جهة تنقطع مثل ان يقف على اولاده او على امهات اولاده جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك يعني لا الى مالك وكل ما كان زوال الملك بدون التمليك فانه يتأبد كالعتق فموجب الوقف ما يتأبد كالعتق فوجب ان لا يتوقف عليه واذا كان الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه عليه اي على الوقف مقتضاه ولهذا كان التوقيت مبطلا له لانه ينافي موجبه كالتوقيت في البيع قيل في كلام المصنف رحمه الله تناقض على قول ابي حنيفة رحمه الله لانه ذكر في اول كتاب الوقف ان الوقف عنده حبس العين على ملك الواقف فكان موجبه عدم زوال الملك عن الواقف ثم قال ههنا موجبه زوال الملك واجيب بان هذا قول محمد رحمه الله ورواية عن ابي حنيفة رحمه الله والمذكور في اول الكتاب وهو قول ابي حنيفة رحمه الله في رواية اخرى فيكون عنه في المسئلة روايتان وقيل اراده ههنا ما اذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه فحينئذ يخرج الوقف عن ملك الواقف بالاتفاق وهذا اوفق واقول هذا ليس بمناسب لما تقدم من قول

المصنف رحمه الله يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره ولابي يوسف رحمه الله ان المقصود من الوقف هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه فيما اذا جعل على جهة تنقطع لان التقرب تارة في الصرف الى جهة تنقطع واخرى الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وعلى هذا لو انقطعت الجهة عاد الوقف الى ملكه ان كان حيا والى ملك ورثته ان كان ميتا ولقائل ان يقول هذا التعليل غير مطابق لما ذكر عن ابي يوسف رحمه الله لانه قال وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وذلك يدل على ان التابيد شرط والجواب ان المروي على قول ابي يوسف رحمه الله امران احدهما انه لا يشترط التأبيد اصلا والثاني انه يشترط لكن لا يشترط ذكره باللسان والمصنف رحمه الله اشار الى القول الاول والى الثاني بذكر المذهب واستدل عليه بقوله وقيل ان التابيد شرط بالاجماع الى آخره وفي كلامه تعقيد لا محالة وقوله وهذا على الارسال. اي ماذكره القدوري رحمه الله من قوله ولا يجوز وقف ماينقل ويحول على الاطلاق مقصودا او تبعا كراعا اوغيره تعاملوا فيه اولا قول ابي حنيفة رحمه الله والاكرة جمع اكار وهو الزراع كانها جمع اكر تقديرا وقوله والبناء في الوقف اي في وقف الارض التي عليها ذلك البناء كوقف الخانات والرباطات وقوله لانه لما جاز افراد بعض المنقول يعني من غير ان يجعل تبعا بشيء كما في المتعارف مثل الفأس والقدوم والمر عنده اي عند محمد رحمه الله فلان يجوز الوقف اي وقف المنقول تبعا اولى والمراد بالكراع ههنا هو الخيل لمناسبة ذكر السلاح وقوله لما بينامن قبل يعني ما مر ان من شرط التأبيد والتأبيد لا يتحقق في المنقول والمراجل قدور النحاس وقوله الحاقا لها بالمصاحف يعني ان وقف المصاحف صحيح فكذا الكتب وذكر في فتاوى قاضيخان اختلاف المشائخ في وقف الكتب جوزه الفقيه ابو الليث رحمه الله وعليه الفتوى وقوله كل مالايمكن الانتفاع به مع بقاء اصله احتراز عن الدراهم والدنانير فان الانتفاع الذي خلقت الدراهم والدنانير

والدنانير لاجله وهو الثمنية ولا يمكن الانتفاع بهما مع بقاء اصله في ملكه وقوله ويجوز بيعه احتراز عن حمل الناقة والجارية فانه لا يجوز بيعه فكذا وقفه عنده ايضا ولنا ان الوقف في المنقول لا يتابد وهو ظاهر وما لا يتأبد لا يجوز وقفه لان التأبيد لابد منه على مابيناه فصار المنقولات كالدراهم والدنانير وقوله بخلاف العقار جواب عن اعتباره بالعقار وقوله ولا معارضة من حيث السمع جواب عن قوله فاشبه الكراع والسلاح ووجهه ان الاصل ان لا يجوز وقف الكراع والسلاح ايضا كالدراهم الا انا تركناه بمعارض راجح من حيث السمع وقوله ولا من حيث التعامل جواب عما يقال ترك الاصل في الكراع والسلاح بمعارض من حيث السمع وهو ليس بموجود في المر والقدوم وغيرهما فلتكن صورة النزاع مقيسة على ذلك ووجهه ان لها معارضة من حيث التعامل وليس بموجود في صورة النزاع كالعبيد والاماء والثياب والبسط وامثالها فبقي على اصل القياس وقوله وهذا استظهار على ان الحاق غير العقار والكراع والسلاح بهما غير جائز لان غيرهما لقوتهما ليس في معناهما ولم يذكر التعامل اعتمادا على شهرة كون التعامل اقوى من القياس فجاز ان يترك به **قوله** واذا صح الوقف لم يجز بيعه اي اذا لزم الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف رحمه الله فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته فقوله الا ان يكون مشاعا استثناء من قوله لم يجز بيعه وهو منقطع او متصل لان معنى المبادلة في قسمة العقار راجح فجعل كأنه بيع اتساعا واما امتناع التمليك فلما بينا يعني ماروي من قوله صلى الله عليه وسلم تصدق باصلها لا يباع ولا يوهب وماذكر من المعنى بقوله ولان الحاجة ماسة الى آخره وقوله واما جواز القسمة ظاهر وقوله فهو الذي يقاسم اي الواقف هو الذي يقاسم شريكه لا القاضي وقوله خالص صفة عقار اي لو كان له مائة ذراع وهو خالص له لا شركة لغيره فيه فوقف منه خمسين ذراعا وجب ان يكون القاسم ههنا غير الواقف لئلا يلزم ان يكون الشخص الواحد مطالبا

ومطالبا فان مقاسم النصف الذي هو الوقف مطالب من مالك النصف الذي هو
غير وقف ومالك النصف يطالب وهو الواقف نفسه القاسم لنصف الوقف فكان مطالبا
ومطالبا وهو لا يجوز فيرفع امره الى القاضي ليقاسمه او يبيع نصيبه الباقي من رجل
ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه ولو كان في القسمة فضل دراهم
بان كان احد النصيبين اجود فدعت الضرورة الى ادخال الدراهم في القسمة
او تراضيا على ذلك فان ادخال دراهم في القسمة لا يجوز الا بالضرورة او بالتراضي
على ما سيأتي في كتاب القسمة ان شاء الله تعالى فلا يخلوا ما ان يكون الواقف
يا خذ الدراهم او يعطيها فان كان الاول لم يجز لانه يعطي بمقابلة الدراهم شيئا من الوقف
وبيع الوقف لا يجوز وان كان الثاني جاز لانه حينئذ يشتري شيئا بمقابلة الدراهم ويتفه
وهو جائز وقوله لان الخراج بالضمان هذا لفظ الحديث وهو من جوامع الكلم
لاحرازه معاني جمة جرى مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة ومعناه
ههنا ان غلة الوقف لما كانت للموقوف عليهم كانت العمارة ايضا عليهم ثم ان كان
الوقف على الفقراء لا يظفر بهم اي لا يفوز المتولي بهم بعدم تعيينهم وعسرتهم واقرب
اموالهم الى المتولي هذه الغلة فيجب فيها وقوله ولو كان الوقف على رجل بعينه
ظاهر وقوله ولا يوخذ من الغلة يعني حتما لانه قال فهو في ماله اي مال شاء وهذه
الغلة ايضا من ماله فلو لم يقيد بذلك تناقض كلامه وقوله ولو كان الوقف على الفقراء
يعني لا على رجل بعينه فكذلك عند البعض اي لا يصرف غلة الوقف الى زيادة
عمارة لم تكن في ابتداء الوقف بل يصرف الى الفقراء وعند الآخرين يجوز ذلك
والاول وهو ان يكون البناء الثاني مثل الاول لا زائد عليه اصح لما ذكره في الكتاب
وهو واضح وقوله وان وقف دارا على سكنى ولده ظاهر وقوله والاول اولى يريد به
اجارة الحاكم وعمارتها باجرتها ثم ردها الى من له السكنى والثاني هو ترك العمارة

المعارة و استفيد ذلك من قوله لانه لو لم يعمرها يفوت السكنى اصلا و قوله في حيز التردد بيانه ان الامتناع يحتمل ان يكون لبطلان حقه ويحتمل ان يكون لنقصان ماله في الحال و لو جائه اصلاح القاضي و عمارته ثم رده اليه وقوله و لا يصح اجارة من له السكنى اضافة المصدر الى فاعله وهذا لان الاجارة تمليك المنافع بعوض ولا تمليك من غير المالك ومن له السكنى ليس بمالك ونوقض بالمستأجر فان له ان يوجر الدار وليس بمالكها واجيب بانه مالك المنفعة ولهذا اقيمت العين في ابتداء العقد مقام المنفعة لئلا يلزم تمليك منفعة معدومة ومن له السكنى ابيحت له المنفعة ولهذا لم تقم العين مقام المنفعة في ابتداء الوقف ولا يلزم من جواز التمليك من المالك جواز تمليك غيره **قوله** وما انهدم من بناء الوقف واليه مال صاحب النهاية وقوله وآلته يحتمل ان يكون مجرورا بالعطف على البناء يعني ما انهدم من آلة الوقف بان بلي خشب الوقف وفسد ويحتمل ان يكون مرفوعا على الموصولة وهو المنقول عن الثقاة لانه لا يقال انهدمت الآلة والنقض بضم النون البناء المنقوض وفي الصحاح ذكره بكسر النون لا غيره وقوله ولا يجوز على قياس في الوقف وقوله فقد قيل يجوز بالاتفاق هو رواية المبسوط والذخيرة واليتيمة وفتاوى قاضيخان رحمه الله وهذا ظاهر على قول ابي يوسف رحمه الله فانه يجوز ان يشترط ذلك لنفسه واشتراطه لامهات اولاده في حيوته بمنزلة الاشتراط لنفسه ولكن جوز ذلك استحسانا للعرف ولانه لا بد من تصحيح هذا الشرط اشتراطه لهن لانهن يعتقن بموته فاشتراطه لهن كاشتراطه لسائر الاجانب فيجوز ذلك في حيوته ايضا تبعا لما بعد الوفاة وقد قيل هو على الخلاف ايضا وهو تصحيح لان اشتراطه لهم في حيوته اي اشتراط صرف غلة الوقف لامهات اولاده و مدبريه و ذكر الضمير تغليبا للمدبرين على امهات الاولاد كاشتراطه لنفسه ثم اشتراط صرف الغلة لنفسه في ابتداء الوقف جائز بدون واسطة عند ابي يوسف رحمه الله

ولا يجوز اشتراط صرف الغلة الى نفسه انتهاء بواسطة اشتراط صرف الغلة الى امهات اولاده ومدبريه ووجه قول محمد رحمه الله ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه اى بطريق التقرب الى الله تعالى فاشتراط الكل او البعض لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة فانه لا يجوز ان يسلم قدرا من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط ان يكون بعضه له وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه وقوله وشرط بالجر عطفا على قوله كالصدقة المنفذة ومعناه وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه لانه جعل بعض الغلة لنفسه وقوله ولابي يوسف رحمه الله ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته ذكر الحديث شيخ الاسلام في مبسوطه والمراد منه الصدقة الموقوفة ولا يحل الاكل منه الا بالشرط بالاجماع فدل على صحته وقوله على ما بيناه اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يجعل آخره الى جهة لا تنقطع ابدا بقوله لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك والى قوله ولابي حنيفة رحمه الله ان المقصود هو التقرب فعلم من هذا المجموع ان الوقف ازالة الملك الى الله على وجه القربة ولو شرط الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك جاز عند ابي يوسف رحمه الله كما هو مذهبه في التوسع في الوقف وعند محمد رحمه الله الوقف جائز والشرط باطل لان هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زواله والوقف يتم بذلك ولا ينعدم به معنى التأبيد في اصل الوقف بشرطه ويبقى الاستبدال شرطا فاسدا فيكون باطلا بنفسه كالمسجد اذا شرط الاستبدال به او شرط ان يصلي فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح فهذا مثله . ولو شرط الواقف الخيار لنفسه في الوقف ثلثة ايام جاز الوقف والخيار عند ابي يوسف رحمه الله بناء على توسعة كما مر وعند محمد رحمه الله الوقف باطل وانما قيد بقوله ثلثة ايام لتكون مدة الخيار معلومة حتى لو كانت مجهولة لا يجوز الوقف على قول

قول ابي يوسف رحمه الله ايضا قوله وهذا اي الخلاف بناء على ما ذكرناه اشارة الى ان جعل غلة الوقف لنفسه جائز عند ابي يوسف رحمه الله فانه لما جاز ان يستثنى الواقف الغلة لنفسه مادام حيا فكذلك يجوز اشتراط الخيار لنفسه ثلثة ايام ليروى النظر فيه وعند محمد رحمه الله لما لم يجز ذلك لم يجز اشتراط الخيار ايضا ولهذا البناء صرح في المبسوط ثم لما لم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمد رحمه الله لم ينقلب جائزا بابطال الخيار بعد ذلك لان الوقف لا يجوز الا مؤبدا وشرط الخيار يمنع التأبيد وكان شرط الخيار شرطا فاسدا في نفس الوقف فكان المفسد قويا وقوله واما فصل الولاية فقد نص فيه اي فقد نص القدوري في فصل الولاية بالجواز على قول ابي يوسف رحمه الله بقوله واذا جعل الواقف الى قوله جاز عند ابي يوسف رحمه الله وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم تكن له ولاية وهذا بظاهره لا يستقيم على قول ابي يوسف رحمه الله لان له الولاية شرط او سكت ولا على قول محمد رحمه الله لان التسليم الى المتولي شرط صحة الوقف فكيف يصح ان يشترط الواقف الولاية لنفسه وهو يمنع التسليم الى المتولي ولهذا اوله بعض مشائخنا رحمهم الله وقالوا الاشبه ان يكون هذا قول محمد رحمه الله لان من اصله ان التسليم الى آخره ومعناه اذا سلمه وقد شرط الولاية لنفسه حين وقفه كان له الولاية بعد ما سلمه الى المتولي والدليل على ذلك ما ذكره محمد رحمه الله في السير اذا وقف ضيعة واخرجها الى القيم لا تكون له الولاية بعد ذلك الا ان يشترط الولاية لنفسه واما اذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له الولاية بعد التسليم قال قاضيخان رحمه الله وهذه المسئلة بناء على ان عند محمد رحمه الله التسليم الى المتولي يشترط لصحة الوقف فلا يبقى له ولاية بعد التسليم الى المتولي لنفسه اما على قول ابي يوسف رحمه الله فالتسليم الى المتولي ليس بشرط فكانت

الولاية للواقف وان لم يشترط وقوله ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهة استدلال لابي يوسف رحمه الله وعبر عنه بقوله ولنا اشارة الى انه المختار وكلامه الباقي ظاهر لا يحتاج الى شرحه

فصل

فصل احكام المسجد عما قبله بفصل على حدة للمخالفة لما قبله في عدم اشتراط التسليم الى المتولي عند محمد رحمه الله ومنع الشيوع عند ابي يوسف رحمه الله وخروجه عن ملك الواقف عند ابي حنيفة رحمه الله وان لم يحكم به الحاكم وفرق ابو حنيفة رحمه الله بين الوقف والمسجد فان الوقف اذا لم يحكم به حاكم ولم يكن موصى به ولا مضافا الى ما بعد الموت كان له ان يرجع فيه واما المسجد فليس له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث منه لان الوقف اجتمع فيه معنيان الحبس والصدقة فاذا قال وقف فكأنه قال حبست العين على ملكي وتصدقت بالغلة ولو صرح بذلك لا يصح ما لم يوص به لان التصدق بالغلة المعدومة لا يصح فاذا اوصى به او اضافه الى ما بعد الموت كان لازما بعد موته واما اذا قال جعلت ارضي مسجدا فليس فيه ما يوجب البقاء على ملكه فاذا ازاله الى الله تعالى لا يكون له ان يرجع كما لو ازال بالاعتاق وكلامه واضح وقوله وعن محمد رحمه الله انه يشترط الصلوة بالجماعة وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله ويشترط مع ذلك ان يكون الصلوة جهرية باذان واقامة حتى لو صلى جماعة بغير اذان واقامة سرا لا يصير مسجدا عند ابي حنيفة رحمه الله فان اذن رجل واحد واقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لان صلوته على هذا الوصف كالجماعة وقوله قد بيناه من قبل اشارة الى ما قال عند قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله بقوله لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق والسرداب بكسر السين معرب سردابه وهو بيت يتخذ تحت الارض للتبريد وقوله فله ان يبيعه اي لا يكون مسجدا وهو ظاهر

ظاهر الرواية لان المسجد ما يكون خالصا لله تعالى قال الله تعالى وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ اضاف
المساجد الى ذاته مع انه جميع الاماكن له فاقتضى ذلك خلوص المساجد له ومع بقاء
حق العباد في اسفله وفي اعلاه لا يتحقق الخلوص وقوله عن ابي يوسف رحمه الله انه
جوز في الوجهين يعني فيما اذا كان تحته سرداب او فوقه بيت وعن محمد رحمه الله انه
جاز ذلك كله اي ما تحته سرداب وفوقه بيت او سفل او دكاكين وانما ذكر قول محمد
رحمه الله بهذا الطريق ولم يقل وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله مع ان هذين القولين
فيهما في الحكم سواء ليتهيا له ما ذكر لكل واحد منهما من دخول مخصوص في مصر مخصوص
ولانه ذكر زيادة التعميم بلفظ الكل في قول محمد رحمه الله وقوله لما قلنا يعني من الضرورة
قوله وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا وسط بالسكون لانه اسم مبهم لداخل ضمن
الدار لا شيء معين بين طرفي الصحن وكلامه واضح ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص
لله تعالى حتى لو عزل بابه الى الطريق الاعظم صار مسجدا وقوله ولو خرب ما حول المسجد
واستغني عنه على بناء المفعول يبقى مسجدا عند ابي يوسف رحمه الله الى ان قال عند محمد
رحمه الله يعود الى ملك الباني قال في النهاية وفي الحقيقة هذه المسئلة مبنية على ما بينا
فان ابا يوسف رحمه الله لا يشترط في الابتداء اقامة الصلوة فيه ليصير مسجدا فكذلك
في الانتهاء وان ترك الناس الصلوة فيه لا يخرج من ان يكون مسجدا وحكي ان محمدا
رحمه الله مر بمزبلة وقال هذا مسجد ابي يوسف رحمه الله يريد انه لما لم يعد الى ملك
الناس يصير مزبلة عند تطاول المدة ومر ابو يوسف رحمه الله باصطبل فقال هذا مسجد
محمد يعني الله لما قال يعود ملكا فربما يجعل المالك اصطبلا بعد ان كان مسجدا فكل
واحد منهما استبعد مذهب صاحبه بما اشار اليه استدل ابو يوسف رحمه الله بانه سقط ملكه في
ذلك المقدار فلا يعود الى ملكه واستظهر بالكعبة فان في زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة
الاصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به من ان يكون موضع الطاعة والقربة خالصا لله تعالى فكذا في

سائر المساجد ومحمد رحمه الله يقول عين هذا الجزء من ملكه مصروفا الى قربة بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه صار كحشيش المسجد وحصيره اذا استغنى عنه الا ان ابا يوسف رحمه الله يقول في الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر **قوله** ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا ظاهر وقوله بخلاف المسجد يعني ان حكم الحاكم والاضافة الى ما بعد الموت ليسا بشرط في المسجد **قوله** وذلك بما ذكرناه اي التسليم يحصل بالاستقاء والسكنى والنزول والدفن في السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله في هذه الوجوه اي في السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله يكتفى بالواحد ظاهر **قوله** سكنى لحاج بيت الله تعالى والحاج اسم جمع بمعنى الحجاج كالسامر بمعنى السمار في قوله تعالى سامرا تهجرون والثغر موضع المخافة من فروج البلدان ويقال رابط الجيش اقام في الثغر بازاء العدو ومرابطة ورباطا والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب *

الحمد لله الجليل الاكبر والصلوة على رسوله محمد الاطهر على اتمام الجلد الثاني من العناية في شرح الهداية نهار رابع عشر من شهر رجب المرجب في بلدة كلكتة سنة الف ومائتين وثلث وخمسين من هجرة سيد البرية على صاحبها الف الف صلوة وتحية

بتصحيح الجهبذ الشهير مولنا حافظ احمد كبير والفاضل المتبحر الفقيه النبيه المولوي

محمد وجيه والعالم الذي هو بالتحقيق احق المولوي نور الحق والفاضل

الاعلى المولوي محمد مرتضى والعالم الامجد المولوي عجيب احمد

جعل الله سعيهم مشكورا وعملهم مبرورا اهتم لطبعها

المنشي بابو رام دهن سين راي على يد رئيس

الحاذقين المنشي ثناء الله